

UM OLHAR SOBRE A SUSPENSÃO  
DA EXECUÇÃO DA PENA DE PRISÃO  
(ENTRE O RÉGIME GERAL  
E AS ESPECIALIDADES DO RGIT)

Vasco Rafael dos Santos Sousa Vieira

O CONTRATO DE CONCESSÃO  
DE SERVIÇO MUNICIPAL DE ÁGUA

Joana Catarina Neto dos Anjos

**Colecção Estudos**  
**Instituto do Conhecimento AB**



# Colecção Estudos

## Instituto do Conhecimento AB

N.º 8

2018

Vasco Rafael dos Santos Sousa Vieira  
Joana Catarina Neto dos Anjos

## COLECÇÃO ESTUDOS N.º 8

### INSTITUTO DO CONHECIMENTO AB

AUTORES

Vasco Rafael dos Santos Sousa Vieira | Joana Catarina Neto dos Anjos

EDITOR

EDIÇÕES ALMEDINA, S.A.

Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76 a 80

3000-167 Coimbra

Tel.: 239 851 904 · Fax: 239 851 901

www.almedina.net · editora@almedina.net

DESIGN DE CAPA

FBA.

PRÉ-IMPRESSÃO

EDIÇÕES ALMEDINA, S.A.

IMPRESSÃO E ACABAMENTO

Maio, 2018

DEPÓSITO LEGAL

Apesar do cuidado e rigor colocados na elaboração da presente obra, devem os diplomas legais dela constantes ser sempre objecto de confirmação com as publicações oficiais. Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infractor.

As Colecções IAB respeitam a liberdade de escolha dos Autores quanto à ortografia usada nos textos publicados.

## ÍNDICE

Ricardo Costa

*Apresentação* . . . . . 7

Vasco Rafael dos Santos Sousa Vieira

*Um olhar sobre a suspensão da execução da pena de prisão*  
*(Entre o regime geral e as especialidades do RGIT)* . . . . . 11

Joana Catarina Neto dos Anjos

*O contrato de concessão de serviço municipal de água*  
*O preço do serviço numa perspectiva de direito regulatório*  
*e de resolução judicial de litígios* . . . . . 155



## APRESENTAÇÃO

*Como em tantas oportunidades em que o fulgor da vida nos surpreende, parece ter sido numa parte do dia imediatamente pretérito ao dia presente que tudo começou. Já passou muito mais do que esse tempo desde então. Ao objectivo estratégico da Abreu Advogados juntou-se a ambição de realizar um projecto inovador e exclusivo no contexto de uma grande sociedade portuguesa de advogados: o Instituto do Conhecimento (IAB) constituiu-se em forma de realidade, corria há muito o ano de 2012. Lançámos mão à obra com entusiasmo inexcedível. Com motivação inquebrantável, acompanhados por todos os que compreendem e se querem coligar na reputação global da marca jurídica Abreu. Em todos os momentos visámos consolidar por intermédio de exigência, qualificação e diferença. Saber fazer e fazer bem. Abrimo-nos ao exterior e o exterior respeitou-nos. Reconhecemo-nos e reconhecem-nos: livros, revistas, congressos, seminários, colóquios, formações, anotações, protocolos, debates em ciclo. E o Prémio IAB. Fizemos até hoje um percurso que evoluirá agora com a necessidade de crescer mais: em pessoas, em métodos, em compromisso, em resultados. O futuro se responsabilizará por viabilizar o passado seguro e o presente curioso.*

*A terceira edição do Prémio IAB em 2017 é a confirmação desse reconhecimento, no domínio de especificidade da nossa “responsabilidade social”, interessada em gratificar o investimento na ciência do Direito. Se há provas do acerto da nossa ambição de 2012, o ano de 2017 será certamente uma delas: no Prémio IAB foram admitidas a concurso sete candidaturas na categoria de Dissertações de Doutoramento e vinte e duas na categoria de Dissertações de Mestrado. As decisões finais implicaram uma vez mais um processo de avaliação aturada e pormenorizada do Júri, cuja dedicação, cuidado e rigor permitiram guiar a difícil tarefa de graduação dos trabalhos apresentados. Assim se galardoaram*

*duas dissertações em cada uma das categorias a concurso. Acresceram ainda duas menções honrosas nos trabalhos de Doutoramento e três menções honrosas nos de Mestrado.*

*Esta é a oportunidade de promover, nos termos regulamentares do Prémio IAB, a publicação dos premiados inéditos na categoria de Dissertações de Mestrado: o vencedor e uma das menções honrosas. A publicação do trabalho vencedor e inédito na categoria de Dissertações de Doutoramento será levada a cabo na nossa Coleção Monografias.*

*Aqui chegados novamente a bom porto, estamos gratos ao empenho inexcedível do Júri – Senhores Professores Doutores Diogo Freitas do Amaral, Jorge Sinde Monteiro, Luís Fábrica, Paulo de Tarso Domingues, Senhores Conselheiros Benjamim Silva Rodrigues e Urbano Lopes Dias, Senhor Dr. Paulo Teixeira Pinto. Ao interesse e à confiança de todos os candidatos. À parceira Almedina, companheira de percurso desde a primeira hora. À mobilização interna da organização Abreu. Valeu a pena, uma vez mais, como, não obstante as marés, sempre tem valido e valerá.*

*Boas leituras!*

**Ricardo Costa**

Coordenador Científico e Editorial do Instituto do Conhecimento Abreu Advogados

# PRÊMIO IAB 2017

## CATEGORIA DISSERTAÇÕES DE DOUTORAMENTO

Vencedor

ANA FILIPA MORAIS ANTUNES

*A fraude à lei no Direito Civil português – Em especial, como fundamento autónomo de invalidade negocial* | 2016

## MENÇÕES HONROSAS

RITA LYNCE DE FARIA

*A tutela cautelar antecipatória no processo civil português – Um difícil equilíbrio entre a Urgência e a Irreversibilidade* | 2016

SANDRA OLIVEIRA E SILVA

*O arguido como meio de prova contra si mesmo. Considerações em torno do princípio «nemo tenetur se ipsum accusare»* | 2016

## CATEGORIA DISSERTAÇÕES DE MESTRADO

Vencedor

VASCO RAFAEL SOUSA VIEIRA

*Um olhar sobre a suspensão da execução da pena de prisão (Entre o regime geral e as especificidades do RGIT)* | 2016

## MENÇÕES HONROSAS

JOANA CATARINA NETO DOS ANJOS

*O contrato de concessão de serviço municipal de água. O preço do serviço numa perspetiva de direito regulatório e de resolução judicial de litígios* | 2015

JOÃO MIGUEL DOS SANTOS MARTA

*A responsabilidade criminal das pessoas colectivas e equiparadas por cumplicidade no direito penal português – Defesa e delimitação da sua admissibilidade* | 2015

LAURA CRISTINA FREITAS DA MOTA

*O dever de lealdade do trabalhador após a cessação do contrato de trabalho* | 2015

APOIO:





# **Um olhar sobre a suspensão da execução da pena de prisão (Entre o regime geral e as especialidades do RGIT)**

**VASCO RAFAEL DOS SANTOS SOUSA VIEIRA**

*Aprovada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Ciências Jurídico-Criminais),  
Outubro de 2016*

*Orientador: Professora Doutora Susana Aires de Sousa*

## **Nota Prévia**

O estudo que ora se publica corresponde, na íntegra, à Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, na área de especialização de Ciências Jurídico-Criminais, em Julho de 2016, defendida com sucesso a 14 de Outubro de 2016, perante o Júri constituído pela Professora Doutora Maria João Antunes, Professor Doutor Nuno Brandão (Arguente) e Professora Doutora Susana Aires de Sousa (Orientadora), para a obtenção do grau de Mestre em Direito. Manteve-se a escrita de acordo com o anterior acordo ortográfico, procedendo-se a meras actualizações bibliográficas e correcções de natureza formal.

A realização do presente trabalho contou com preciosos contributos que o tempo não pode apagar, pelo que se impõe este agradecimento, ainda que reconhecidamente modesto.

Muito particularmente à orientadora desta dissertação, a Professora Doutora Susana Aires de Sousa, pelos sábios conselhos e valiosas orientações.

Aos meus Pais, pela confiança incondicional e suporte insuperável.

Aos meus Amigos mais próximos, pelo espírito permanente de entajuda e estímulo constante.

À Mariana, pelo apoio inabalável.

## **Resumo**

Centrado na temática das penas de substituição, especialmente na suspensão da execução da pena de prisão, o presente estudo vem acompanhando a consolidação político-criminal destas medidas na dogmática penal comum, indissociáveis do movimento de luta contra a pena privativa da liberdade e das evidenciadas desvantagens associadas às penas de prisão de curta duração.

Depois de uma breve reflexão sobre as especificidades do direito penal fiscal, vem-se perspectivar a disciplina estatuída no Regime Geral das Infracções Tributárias para a suspensão da execução da pena de prisão, em termos das especialidades que a afastam do regime penal comum e dos problemas que a sua aplicação concretamente origina na prática jurídico-penal.

**Palavras-Chave:** As consequências jurídicas do crime; penas de substituição; suspensão da execução da pena; direito penal secundário; direito penal fiscal; crimes tributários.

## Abreviaturas

|                |                                                                                   |
|----------------|-----------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Ac.</b>     | Acórdão                                                                           |
| <b>ADPCP</b>   | Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales                                       |
| <b>AICP</b>    | Anuario del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas                        |
| <b>AUSST</b>   | Annales de L'Université des Sciences Sociales de Toulouse                         |
| <b>BCE</b>     | Boletim de Ciências Económicas                                                    |
| <b>BFD</b>     | Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra                        |
| <b>BMJ</b>     | Boletim do Ministério da Justiça                                                  |
| <b>CEJ</b>     | Centro de Estudos Judiciários                                                     |
| <b>CJ</b>      | Colectânea de Jurisprudência                                                      |
| <b>CP</b>      | Código Penal                                                                      |
| <b>CPP</b>     | Código de Processo Penal                                                          |
| <b>CRP</b>     | Constituição da República Portuguesa                                              |
| <b>CTF</b>     | Ciência e Técnica Fiscal – Boletim da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos |
| <b>DJ</b>      | Direito e Justiça – Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa      |
| <b>DP</b>      | Doctrina Penal – Teoría y Práctica en las Ciencias Penales                        |
| <b>DPEE</b>    | Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários                            |
| <b>DPT</b>     | Diritto e Pratica Tributaria                                                      |
| <b>DSOC</b>    | Déviance et Société                                                               |
| <b>EPC</b>     | Estudios Penales y Criminológicos                                                 |
| <b>JUS</b>     | JUS: Rivista di Scienze Giuridiche                                                |
| <b>JZ</b>      | JuristenZeitung                                                                   |
| <b>RBCC</b>    | Revista Brasileira de Ciências Criminais                                          |
| <b>RCD</b>     | Revista Chilena de Derecho                                                        |
| <b>RDE</b>     | Revista de Direito e Economia                                                     |
| <b>RDPC</b>    | Revista de Derecho Penal y Criminología                                           |
| <b>RDPCrim</b> | Revista de Direito Penal e Criminologia                                           |
| <b>RDS</b>     | Revista de Direito das Sociedades                                                 |
| <b>RDUL</b>    | Revue de la Faculté de Droit de l'Université de Liège                             |
| <b>RFDUL</b>   | Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa                         |
| <b>RFPDF</b>   | Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal                                     |
| <b>RGIT</b>    | Regime Geral das Infracções Tributárias                                           |
| <b>RICPT</b>   | Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique                       |
| <b>RIDPP</b>   | Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale                                    |
| <b>RJIFA</b>   | Regime Jurídico das Infracções Fiscais Aduaneiras                                 |
| <b>RJIFNA</b>  | Regime Jurídico das Infracções Fiscais Não Aduaneiras                             |

|             |                                                                   |
|-------------|-------------------------------------------------------------------|
| <b>RJUP</b> | Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique |
| <b>RLJ</b>  | Revista de Legislação e de Jurisprudência                         |
| <b>RMP</b>  | Revista do Ministério Público                                     |
| <b>ROA</b>  | Revista da Ordem dos Advogados                                    |
| <b>RPCC</b> | Revista Portuguesa de Ciência Criminal                            |
| <b>RPDP</b> | Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal                             |
| <b>RSC</b>  | Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé             |
| <b>SEG</b>  | Studi Economico-Giuridici                                         |
| <b>STA</b>  | Supremo Tribunal Administrativo                                   |
| <b>StGB</b> | Strafgesetzbuch                                                   |
| <b>STJ</b>  | Supremo Tribunal de Justiça                                       |
| <b>TC</b>   | Tribunal Constitucional                                           |
| <b>TRC</b>  | Tribunal da Relação de Coimbra                                    |
| <b>TRE</b>  | Tribunal da Relação de Évora                                      |
| <b>TRG</b>  | Tribunal da Relação de Guimarães                                  |
| <b>TRL</b>  | Tribunal da Relação de Lisboa                                     |
| <b>TRP</b>  | Tribunal da Relação do Porto                                      |

## CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS\*

i). O estudo que agora se apresenta, motivado por inquietações que nos surgiram aquando da análise de decisões jurisprudências versando sobre a disciplina do artigo 14.º do Regime Geral das Infracções Tributárias e que nos acompanham há já algum tempo ao longo desta profícua jornada que percorremos pelo Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Criminais, centra-se na temática das penas de substituição, mais concretamente na figura da suspensão da execução da pena de prisão.

De entre o acervo de medidas substitutivas programadas no diagrama jurídico-sancionatório, geneticamente alicerçadas na corrente histórica de contestação das sanções penais detentivas e consolidadas à sombra do fracasso axiomático das penas de curta duração, identifica-se pois a pena suspensa como especialmente proeminente, dotada do mais amplo horizonte aplicativo e constituindo aquela a que mais frequentemente recorrem os tribunais. Edificada expressamente no artigo 50.º e seguintes do Código Penal, assenta na ideia fundamental de que, em certas hipóteses, no domínio da pequena (e também já da média) criminalidade, a simples ameaça de prisão será suficiente para o adequado cumprimento das finalidades punitivas, razão pela qual se justifica que se suspenda o cumprimento efectivo da pena privativa aplicada, preservando-se o delinquentes (frequentes vezes primário) das agruras da medida institucional, podendo adquirir variadas feições (ou modalidades) de acordo com as necessidades que em cada caso se façam sentir<sup>1</sup>.

Não é nossa intenção empreender uma investigação pormenorizada sobre a disciplina legalmente prevista para esta figura, nem tão-pouco equacionar a sua aplicabilidade na vida jurídico-prática, mas tão-só perspectivá-la enquanto construção que, concebida e robustecida num determinado quadro de respostas ao fenómeno criminal, se vem estabelecendo no sentido de responder a anseios político-criminais próprios e objectivos, guiando-se por finalidades voltadas essencialmente para a prevenção especial.

\* A escrita da presente dissertação não obedece ao Novo Acordo Ortográfico por opção do seu autor.

<sup>1</sup> Veja-se DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, Parte Geral II: As Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 338.

Em face daqueles vectores, surge plasmado no artigo 14.º do Regime Geral das Infracções Tributárias (RGIT) – à semelhança do que já se estabelecia no (revogado) Regime Jurídico das Infracções Fiscais Não Aduaneiras (RJIFNA) –, um mecanismo que, correspondendo ao instituto da «suspensão da execução da pena de prisão»<sup>2</sup>, se apresenta dotado de um esqueleto próprio, soberano e *especial* em relação à disciplina estatuída no Código Penal para esta pena de substituição. Desse quadro de *especialidade*, em função dos peculiares contornos com que esta medida surge configurada no direito penal tributário e que se afastam dos ditames da dogmática penal comum, derivam frequentes interrogações que, quer ensaiadas na doutrina mais especializada quer transpostas na jurisprudência superior, reclamam respostas pertinentes.

Assim sendo, é nosso propósito, tendo presente as divergências e os pontos de convergência existentes entre a disciplina comum e o regime especial, procurar desmistificar alguns desses problemas concretos, analisando as soluções admissíveis e ousando propor também as nossas, para no fim nos questionarmos acerca da identificação (ou desqualificação?) da medida projectada nesta esfera do direito penal secundário com a pena de suspensão da execução, tal-qual ela se vem consolidando na dogmática penal clássica e se encontra estampada na legislação nacional, sendo imprescindível para tal exercício o excursus que, na primeira parte da presente dissertação, se faz às raízes históricas e político-criminais da pena suspensa e à sua fundação no pensamento jurídico-penal contemporâneo.

ii). Além de tudo, parece-nos tratar-se de uma temática que, não se limitando a reclamar um relevo puramente teórico, assume uma substancial e indiscutível pertinência na prática jurídico-penal.

De facto, são numerosos os problemas que a (intrincada) aplicação do regime estatuído no artigo 14.º da Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho, suscita junto dos meios jurisdicionais, sendo múltiplas as inconsistências que se detectam ao nível da aplicabilidade desta construção, quer derivadas de discordantes entendimentos teóricos quer, essencialmente, da persistência de variadas decisões jurisprudenciais antagónicas e implausíveis. Tratando-se, efecti-

<sup>2</sup> Assim consta da epígrafe do art. 14.º da Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho.

vamente, de uma matéria particularmente controvertida, onde abundam as perplexidades e as incertezas, torna-se indispensável o acompanhamento das várias posições perfilhadas na doutrina e, sobretudo, das soluções jurisprudencialmente adoptadas, com destaque natural para a jurisprudência superior.

Adicionalmente, à reconhecidíssima – e já *mui* discutida – crescente importância que o fenómeno da criminalidade tributária ocupa no seio da prática jurídico-penal e que idênticas proporções vem adquirindo aos olhos do consciente colectivo, nesse sentido assumindo papel determinante os meios de reacção ao crime tributário, nos quais evidentemente se insere o mecanismo previsto no artigo 14.º daquela legislação especial, soma-se a natural necessidade teórica de perspectivar uma figura tão marcante quanto a suspensão da execução da pena de prisão, que surge especialmente determinada neste campo, adquirindo contornos que a distinguem da figura nascida da «*sursis*» ancestral, outrora consagrada nos ordenamentos francês e belga, e consolidada no direito penal comum.

**iii).** Sem perder de vista os objectivos assumidos, optámos por dividir o presente estudo em três partes, correspondendo a primeira delas à perspetivação da problemática da substituição e da pena suspensa pela óptica do direito penal clássico, seguida de um capítulo intermédio dedicado ao relacionamento entre a temática das penas e o direito penal fiscal, e finalizando-se com a análise da concreta disciplina edificada no Regime Geral das Infracções Tributárias para a suspensão da execução da pena e de múltiplos problemas que a sua aplicação origina.

Para tanto, começaremos por localizar historicamente a problemática das penas de substituição no conhecido «movimento político-criminal de reacção contra as penas de prisão», associando a sua génese e o seu florescimento ao inescusável combate aos (re)conhecidos e evidentes óbices imputados às penas de prisão de curta duração, para, de seguida, sem ignorar o alcance e a intenção político-criminal que lhe subjaz, procurarmos reflectir sobre os critérios pelos quais se deve orientar o recurso as estas sanções. Voltados para a pena de suspensão da execução, depois de percorrermos brevemente o seu trajecto histórico-evolutivo, olharemos à sua caracterização político-criminal, à luz das directivas fornecidas pelo Código Penal.

Depois, após a meditação sobre as medidas substitutivas e a pena de suspensão, seremos confrontados com as particularidades do RGIT e do direito penal tributário, terreno historicamente marcado pela discussão em torno da criminalização e, conseqüentemente, da penalização das infracções tributárias.

Finalmente, chegados à terceira e última parte na nossa dissertação, debruçar-nos-emos enfim sobre o peculiar regime arquitectado no artigo 14.º da Lei n.º 15/2001 para a suspensão da execução da pena de prisão, procurando compreender as motivações legislativas por detrás da erecção de uma tal disciplina e os fundamentos para a sua especialidade. Ao mesmo tempo, analisaremos variadas dificuldades concretamente derivadas daquela especificidade, como o regime de imperatividade do pagamento da prestação tributária em falta para a suspensão da pena, o período de duração da suspensão e o prazo de pagamento das quantias determinadas, a plausibilidade da exigência de um juízo prognóstico em termos da situação económica do condenado ou a discussão acerca da invocada inconstitucionalidade deste normativo.

**iv).** Sendo este um exercício que se pretende necessariamente profícuo, procuraremos assumir uma abordagem crítico-reflexiva, ao invés de optar por uma de teor meramente expositivo ou descritivo, almejando dar o nosso (ainda que reconhecidamente modesto) contributo para um debate carecido de clarificações.

## CAPÍTULO I – DAS PENAS DE SUBSTITUIÇÃO E DA SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DA PENA DE PRISÃO EM PARTICULAR

### 1. A problemática das penas de substituição

#### 1.1. Enquadramento sistemático

O roteiro das penas de substituição encaminha-nos imediata e compulsivamente ao encontro de uma matéria verdadeiramente crucial da dogmática criminal, localizada no quadro das consequências jurídicas do crime<sup>3</sup>, enquadrando-se no círculo de um processo particularmente sensível e incontornavelmente capital da prática jurídico-penal<sup>4</sup>. Reportamo-nos, pois, ao problema da determinação da pena<sup>5</sup> ou, por outras palavras, do “procedimento através do qual o juiz fixa a *espécie* e a *medida* da pena cabidas no caso concreto”<sup>6</sup> e que, de resto, exige uma cooperação concertada entre legislador e julgador, não deixando simultaneamente de reclamar uma verdadeira e necessária separação de funções e de responsabilidades entre ambos<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Nessa recondução, RODRIGUES, Anabela Miranda, “Critério de escolha das penas de substituição no Código Penal Português”, Sep. do número especial do *BFD* – «*Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*» – 1984, Coimbra, 1988, p. 3.

<sup>4</sup> Nesse sentido, é significativa a síntese de José de SOUSA E BRITO: “Em nenhum outro momento, o juiz incorpora tão dramaticamente a Justiça como quando fixa a pena aplicável”, em “A medida da pena no novo Código Penal”, in *BFD – Número Especial, III, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, 1984, p. 555.

<sup>5</sup> Sobre esta temática, imprescindível, RODRIGUES, Anabela Miranda, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade (Os critérios da culpa e da prevenção)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014; ROXIN, Claus, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, Instituto Editorial Reus, S. A., 1981, especialmente pp. 93 ss.

<sup>6</sup> Noção proposta em DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, Parte Geral II: As Consequências Jurídicas do Crime*, ob. cit., p. 186, seguindo-se o relato da evolução doutrinal, legislativa e jurisprudencial desta problemática. Cfr., neste âmbito, RODRIGUES, Anabela Miranda, “O modelo de prevenção na determinação da medida concreta da pena privativa de liberdade”, in *Problemas fundamentais de Direito Penal, Homenagem a Claus Roxin*, Lisboa: Universidade Lusíada, 2002, pp. 179 ss; ANTUNES, José Augusto Engrácia, “Algumas notas sobre a determinação da medida judicial da pena no Código Penal português”, in *ROA*, A. 53, 1993, pp. 427 ss.

<sup>7</sup> Cabendo ao legislador a tarefa de estatuição das molduras penais aplicáveis a cada tipo de factos, bem como das circunstâncias susceptíveis de agravar ou atenuar esses limites

Como é amplamente conhecido, o procedimento conducente à fixação de uma pena comporta, na sua essência, três operações distintas e sequenciais<sup>8</sup>, albergando, ao lado de um primeiro momento de determinação da moldura penal (ou de determinação da pena abstractamente aplicável)<sup>9</sup>, a que se segue a determinação da medida concreta da pena (a determinação da pena aplicada)<sup>10</sup>, uma terceira fase (eventual) de *escolha da pena*<sup>11</sup>.

Deste modo, é neste momento de escolha da pena que o juiz elege, de entre as hipóteses de punição previstas para o caso em apreço, a pena que considerar mais adequada, quer se encontrem previstas *em alternativa* duas penas principais aplicáveis – casos em que a operação de escolha do tipo de pena se processa logo ao nível do primeiro momento de determinação da moldura penal aplicável<sup>12</sup> –, quer subsista a hipótese de aplicação de uma *pena de*

– máximo e mínimo –, fixados previamente, e ainda de prever os critérios pelos quais se orienta a determinação concreta da pena e a sua escolha. Por seu turno, impende sobre o juiz a responsabilidade de determinação da moldura penal aplicável aos factos considerados provados e de descobrir, em seguida, dentro desses limites, a pena concretamente a aplicar ao agente e, se for caso disso, de escolher o tipo de pena a aplicar a caso concreto. *Vide* igualmente, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, Parte Geral II: As Consequências Jurídicas do Crime*, *ob. cit.*, p. 192.

<sup>8</sup> Cfr. CORDEIRO, Adelino Robalo, “A determinação da pena”, in *Jornadas de Direito Criminal, Vol. 2, Revisão do Código Penal: Alterações ao Sistema Sancionatório e Parte Especial*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1998, pp. 33 ss.

<sup>9</sup> Veja-se, por exemplo, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, Parte Geral II: As Consequências Jurídicas do Crime*, *ob. cit.*, pp. 198 ss; ANTUNES, Maria João, *Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 38 ss.

<sup>10</sup> *Vide* RODRIGUES, Anabela Miranda, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*, *ob. cit.*, pp. 16 ss; DIAS, Jorge de Figueiredo, “Sobre o «modelo» de determinação da medida da pena”, *Sep. de Notáveis do Direito Penal: Livro em homenagem ao emérito Professor Doutor René Ariel Dotti*, Brasília: Editora Consulex, 2006, pp. 215 ss.

<sup>11</sup> Por exemplo, ANTUNES, Maria João, *Consequências Jurídicas do Crime*, *ob. cit.*, pp. 69 ss; igualmente, CORDEIRO, Adelino Robalo, “Escolha e medida da pena”, in *Jornadas de Direito Criminal, O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, Vol. I, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1983, pp. 238 ss. Diz-se que esta fase da escolha da pena é eventual por, precisamente, não ser de realização obrigatória ou inevitável, na medida em que só se verificará nos casos em que persista a hipótese de aplicação de mais de um tipo de pena – imagine-se quando a punição determinada para os factos sob apreciação preveja, alternativamente, uma pena de multa e uma pena de prisão, ou quando seja de aplicar, em função das circunstâncias e da pena fixada, uma pena de substituição.

<sup>12</sup> É, por isso, seguro dizer que esta fase não tem necessariamente lugar num momento cronologicamente posterior à determinação da medida concreta da pena, bastando que o

*substituição* uma vez determinada a medida concreta da pena de prisão a aplicar ao agente<sup>13</sup>. Portanto, temos que só nestas duas hipóteses se verificará a operação de escolha da pena<sup>14</sup>.

Na segunda modalidade conducente à fase de escolha da pena – que é aquela que verdadeiramente nos importa para o caminho que pretendemos traçar –, sucede que o tribunal, uma vez determinada na sentença condenatória a medida da pena que concretamente deve ser aplicada ao agente, em função dessa medida e das circunstâncias específicas que no caso subsistam, decide pela substituição da pena privativa da liberdade por uma das medidas legalmente admitidas no artigo 43.<sup>o</sup> e seguintes do nosso Código Penal<sup>15</sup>.

Ora é justamente neste momento eventual de *escolha da pena*, enquadrado no complexo esquema de determinação da pena, que o mecanismo das penas de substituição assume toda a sua pertinência, reclamando o papel de aprazível meio de reação ao crime, encerrando todo um vasto leque de virtudes – a que adiante retornaremos.

Feito este brevíssimo enquadramento sistemático, segue-se agora a análise, em concreto, desta problemática.

legislador admita a fixação, em alternativa, de pena de multa ou pena de prisão, enquanto penas principais, procedendo-se à escolha do tipo de pena logo depois da determinação da moldura penal aplicável. Assim, RODRIGUES, Anabela Miranda, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*, *ob. cit.*, p. 19.

<sup>13</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, Parte Geral II: As Consequências Jurídicas do Crime*, *ob. cit.*, p. 326.

<sup>14</sup> Figueiredo Dias e Eduardo Correia falavam numa terceira variante determinante da fase de escolha da pena – num «*tertium genus*» –, a propósito do regime de prova, de aplicação obrigatória em determinadas circunstâncias, em que o juiz poderia, logo em sede de determinação da pena a aplicar, escolher a aplicação do regime de prova – ideia que fazia sentido quando se pensava neste regime como pena de substituição autónoma, contrariamente ao que agora sucede, em que se encontra concebido como uma modalidade da suspensão da execução da pena, dependente do preenchimento dos pressupostos da suspensão, onde se inclui a prévia determinação de medida da pena de prisão não superior a 5 anos. Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, Parte Geral II...*, *ob. cit.*, p. 326; e CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal, II: As Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 404.

<sup>15</sup> Cfr. CORDEIRO, Adelino Robalo, “A determinação da pena”, *ob. cit.*, pp. 47 ss; ainda, MARTINS, A. Lourenço, *Medida da Pena – Finalidades – Escolha, Abordagem crítica de doutrina e de jurisprudência*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 516 ss.

## 1.2. Resenha histórico-política. Do «movimento de luta contra as penas de prisão» à condenação político-criminal das penas curtas

À temática das penas de substituição – que atrás enquadrámos na complexa operação de escolha da pena – não pode deixar de associar-se, quer em termos históricos quer em termos político-criminais, o célebre «movimento de luta contra as penas de prisão»<sup>16-17</sup>, direccionado sobretudo às penas de prisão de curta duração<sup>18-19</sup>.

<sup>16</sup> Reconduzindo toda a temática da escolha da pena a este movimento, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, Parte Geral II: As Consequências Jurídicas do Crime*, ob. cit., p. 327; ainda, contextualizando a temática da substituição em torno das penas privativas de curta duração, GRACIA MARTÍN, Luis / BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel / ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen, *Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito, El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 226; de igual modo, SANTOS, Manuel Simas / LEAL-HENRIQUES, Manuel, *Noções Elementares de Direito Penal*, Lisboa: Rei dos Livros, 2009, p. 176; PALAZZO, Francesco, “Le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi”, in *SEG*, Vol. L, T. 2, 1982-1983, pp. 57 ss. Neste âmbito, em investigação particularmente aprofundada, direccionada ao exame do “movimento internacional de luta contra as reacções detentivas”, veja-se, em contributo fresco e indispensável, LEITE, André Lamas, *As Penas de Substituição em Perspectiva Político-Criminal e Dogmática (Contributo para uma análise sistemática)*, Dissertação conducente à obtenção do grau académico de Doutor em Direito (Ciências Jurídico-Criminais), apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Porto: FDUP, 2015, pp. 104 ss.

<sup>17</sup> Neste contexto, reveste-se de imprescindibilidade o contributo de Eduardo Correia, no panorama Português, advogando, desde cedo, pelo recurso às reacções não institucionais, designadamente em, “Le prison, les mesures non-institutionnelles et le projet du Code Pénal Portugais de 1963”, Sep. do Vol. XVI do *Suplemento ao BFD – Estudos «In Memoriam» do Prof. Beleza dos Santos*, Coimbra, 1965, pp. 5 ss.

<sup>18</sup> Esta é uma problemática que suscita imediatamente a reflexão em torno de diversos temas basilares da dogmática penal, como o das finalidades da pena – reflexão que, não obstante a elevada relevância, não consubstancia o objectivo do presente trabalho, pelo que procuraremos distanciar-nos dela.

<sup>19</sup> Não será supérfluo notar que, em face do actual sistema jurídico-penal nacional, se devem considerar de curta duração as penas não superiores a 1 ano de prisão, alargando-se o limite dogmático anteriormente configurado de 6 meses; de média as penas não superiores a 5 anos; e de longa duração as superiores a 5 anos. Assim, ANTUNES, Maria João, *Consequências Jurídicas do Crime*, ob. cit., pp. 24 ss. Apontando anteriormente para o limite de 6 meses, por exemplo, RODRIGUES, Anabela Miranda, “As sanções penais clássicas e alternativas na legislação portuguesa”, in *O Direito Penal em Acção numa Sociedade em Evolução, XXXVII Curso Internacional de Criminologia*, Lisboa, 21-25 de Abril de 1986, Lisboa: Ministério da Justiça e Centro de Estudos Judiciários, 1989, pp. 124 ss.

As penas curtas constituem um problema antigo da ciência penal e da penologia<sup>20</sup>, tendo começado a ser questionadas no Primeiro Congresso Penitenciário Internacional, realizado em Londres, em 1872<sup>21</sup>, tornando-se desde então num tópico de discussão comum da esfera dos congressos penitenciários e penais internacionais, dos trabalhos do Conselho da Europa<sup>22</sup> e dos legisladores nacionais<sup>23</sup>. Na base desta tomada de posição hostil do universo jurídico-penal em relação às penas de prisão, sobretudo em relação às penas de prisão de curta duração, emerge distintamente a ideologia crítica de Bonneville de Marsangy, espírito propulsor primário do ideal de minimização do perímetro de aplicação da pena de prisão de curta duração<sup>24</sup>, ao sugerir da conveniência da sua substituição por outros tipos de sanções<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> Veja-se ainda, sob um ponto de vista essencialmente criminológico, PINATEL, Jean, “Peines de substitution et criminologie”, in *RICPT*, Vol. XXXVII, 1984, pp. 464 ss; ainda DOLCINI, Emilio, “Le «sanzioni sostitutive» applicate in sede di condanna”, in *RIDPP*, A. XXV, 1982, pp. 1390 ss.

<sup>21</sup> Entre as matérias tratadas, destacava-se o décimo ponto das questões discutidas no Congresso: «*It is possible to replace short imprisonments and the non-payment of fines by forced labour, without privation of liberty?*». Cfr. PEARS, Edwin, *Prisons and Reformatories at home and abroad being the Transactions of the International Penitentiary Congress held in London July 3-13*, London: Longmans, Green and Co., 1872, pp. 410 ss.

<sup>22</sup> Veja-se, a este propósito, a Resolução (76) 10, relativa às medidas penais alternativas à prisão, adoptada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, a 9 de Março de 1976, recomendando a implementação, pelos Estados Membros, de novas medidas alternativas à pena privativa da liberdade, disponível em <www.coe.int>. Na mesma direcção seguiu o Sexto Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em 1980, particularmente na sua Resolução 8, relativa às alternativas à prisão, cujas conclusões podem ser consultadas em <www.unodc.org>, e que viria a influenciar decisivamente as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas da Liberdade (as denominadas «Regras de Tóquio»), que estabelecem um conjunto de princípios básicos que visam favorecer o recurso a medidas não privativas da liberdade, diploma disponível igualmente em <www.unodc.org>. A este nível, veja-se SANTOS, Manuel Simas, “Substitute measures for punishment and alternative punishments”, in *Justice Across the Atlantic, The theory and the reality of the criminal process in Portugal and in the United States of America*, Lisboa: Luso-American Development Foundation, 1998, pp. 138 ss. A este nível, RENTZMANN, MM. / ROBERT, J. P., *Les mesures alternatives à l'emprisonnement*, Strasbourg: Conseil de l'Europe, 1986, pp. 2 ss.

<sup>23</sup> Veja-se SNACKEN, Sonja, “Les courtes peines de prison”, in *DSOC*, 1986, Vol. 10, n.º 4, pp. 363 ss.

<sup>24</sup> Vide SERRANO PASCUAL, Mariano, *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho Penal español*, Madrid: Trivium, 1999, p. 33; KUHN, André, “Prison, substituts et alternatives”, in *RFDUL*, Vol. L, n.ºs 1-2, 2009, pp. 297 ss.

Na mesma linha, tornaram-se paradigmáticas as críticas de Franz von Liszt<sup>26,27</sup> à imprestabilidade, perversidade e danosidade destas penas<sup>28</sup>, considerando-as não apenas inúteis, mas ainda mais prejudiciais à ordem jurídica do que a absoluta impunidade dos delinquentes<sup>29</sup>. De facto, a ideia de nocividade das penas curtas é, hoje, amplamente corroborada pelas investigações criminológicas e largamente apoiada pela doutrina<sup>30</sup>.

A pena curta de prisão (ou pena de prisão de curta duração) passou a incorporar, imperiosamente, um desafio de política-criminal com o advento das preocupações de socialização e de prevenção da reincidência do agente, isto é, assim que se começou verdadeiramente a prestar atenção às exigências relacionadas com a ressocialização dos agentes de crimes e aos perigos de reincidência<sup>31</sup>. Com efeito, é hoje perfeitamente pacífico o entendimento de

<sup>25</sup> Na sua extensa e determinante obra de política criminal, encontramos expostas e escalpelizadas diversas medidas visando a limitação do recurso às penas curtas, ressaltando a defesa tenaz à aplicação mais assídua da pena de multa, concebendo-a como “*la plus généreuse, la plus libérale, la plus divisible, la plus économique, souvent la plus analogue au délit et la plus efficace*”. Veja-se, MARSANGY, Bonneville de, *De L’Amélioration de la Loi Criminelle, En vue d’une justice plus prompte, plus efficace, plus généreuse et plus moralisante*, II, Paris: Cosse et Marchal, 1864, pp. 251 ss.

<sup>26</sup> Considerando-se ser o seu «Programa de Marburg», de 1882, o verdadeiro ponto de partida do movimento político-criminal de condenação das penas de prisão, ganhando ressonância, a partir de então, o debate em torno dos substitutos das penas curtas de prisão. Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Suspensión, Sustitución y Ejecución de las Penas Privativas de Libertad*, Granada: Comares, 2008, p. 5; ROCA AGAPITO, Luis, *El Sistema de Sanciones en el Derecho Penal Español*, Barcelona: J. M. Bosch, 2007, p. 134; ANCEL, Marc, “De l’individualisation de la peine a la depenalisation”, in *BFD – Número Especial, III, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, 1984, pp. 169 ss. Cfr. também ROXIN, Claus, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, Lisboa: VEGA, 1998, pp. 53 ss.

<sup>27</sup> Fundamental, neste âmbito, CORREIA, Eduardo, “A influência de Franz v. Liszt sobre a reforma penal portuguesa”, in *BFD*, Vol. XLVI, 1970, pp. 1 ss.

<sup>28</sup> Atribuindo mérito às posições de Bonneville de Marsangy, vide LISZT, Franz von, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Band 1: 1875 bis 1891*, Berlin: J. Guttentag, 1905, p. 351.

<sup>29</sup> Assim, LISZT, Franz von, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, ob. cit., p. 347.

<sup>30</sup> Veja-se, JARDIM, Maria Amélia Vera, *Trabalho a Favor da Comunidade, A punição em mudança*, Coimbra: Almedina, 1988, pp. 25 ss; GRACIA MARTÍN, Luis / BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel / ALASTUEY DOBÓN, Carmen, *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del Delito: Adaptado a las Leyes Orgánicas 7/2003, de 30 de junio, 11/2003, de 29 de septiembre, 15/2003, de 25 de noviembre, y 1/2004, de 28 de diciembre; con un Anexo legislativo y documental sobre el sistema de consecuencias jurídicas del delito en el Derecho español*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 293 ss.

<sup>31</sup> Assim, MAURACH, Reinhart / GÖSSEL, Karl Heinz / ZIPF, Heinz, *Derecho penal: Parte general, 2, Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*, Buenos Aires: Editorial

que estas penas, na realidade, nem possibilitam uma adequada reabilitação do delinquente – pelo contrário –, nem garantem um efectivo sentimento de segurança à comunidade<sup>32</sup>.

Assim, os argumentos contrários às penas de prisão de curta duração são bem conhecidos<sup>33</sup>.

Em primeiro lugar, desde cedo se vem acusando a incapacidade destas penas em proporcionar uma intervenção eficaz sobre o delinquente, no que à ressocialização diz respeito, encontrando-se hoje solidificada a convicção de não serem apenas ineficazes, mas, acima de tudo, dessocializantes e criminógenas – ideia que, aliás, se tem procurado defender desde há décadas atrás<sup>34</sup>. Se a (curta) duração destas penas fere necessariamente a sua eficácia, na medida em que inviabiliza automaticamente o êxito de qualquer espécie de tratamento voltado para a reinserção social<sup>35</sup>, já as típicas influências criminógenas do meio prisional, conjugadas com o árduo processo de adaptação à vida dentro da instituição e à subcultura prisional – o designado fenómeno de “*prisonisation*” –, redundam fatalmente na dessocialização do delinquente<sup>36-37</sup>.

Astrea, 1995, p. 804; cf., ainda, PAGLIARO, Antonio, “Le sanzioni sostitutive”, in *RIDPP*, A. XXVIII, 1985, pp. 1026 ss.

<sup>32</sup> Continuamos a acompanhar, MAURACH, Reinhart / GÖSSEL, Karl Heinz / ZIPE, Heinz, *Derecho penal: Parte general*, 2..., *ob. cit.*, p. 804.

<sup>33</sup> Veja-se, em síntese, DIAS, Jorge de Figueiredo, “A Pena de Multa de Substituição”, in *RLJ*, A. 125.º, n.º 3819, 1992-93, pp. 163 ss; RODRIGUES, Anabela Miranda, “Critério de escolha das penas de substituição...”, *ob. cit.*, pp. 11 ss; da mesma Autora, “As sanções penais clássicas e alternativas na legislação portuguesa”, *ob. cit.*, pp. 124 ss; e ainda, BESTARD, H., “Les substituts aux courtes peines d’emprisonnement et l’application de la loi du II juillet 75”, in *RPDP*, Vol. 102, 1978, pp. 306 ss.

<sup>34</sup> Veja-se GRASSO, Giovanni, “Le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi: osservazioni critiche ad un recente progetto di legge”, in *JUS*, A. XXVII, n.ºs 1-2, 1980, pp. 258 ss.

<sup>35</sup> Há como que uma inidoneidade estrutural por parte das penas curtas para um tratamento ressocializante, dado o breve espaço de tempo em que o delinquente permanece em reclusão, favorecendo-se mesmo a reincidência. Veja-se TRAPANI, Mario, *Le Sanzioni Penali Sostitutive*, Padova: CEDAM, 1985, p. 1. No mesmo sentido, sendo de equacionar a “total abolição das penas curtas de prisão”, como a melhor maneira de superar todos os inconvenientes destas medidas, sobretudo em virtude da sua inadequação em termos da reinserção social do condenado, RODRIGUES, Anabela Miranda, “Critério de escolha das penas de substituição no Código Penal Português”, *ob. cit.*, p. 7.

<sup>36</sup> Vide GRASSO, Giovanni, *ob. cit.*, pp. 259-260. Nos dizeres deste Autor, “*La vita all'interno dell'istituzione carceraria, poi, non prepara al ritorno in libertà: essa desresponsabilizza ed infantilizza*”, (cf. “Le sanzioni sostitutive...”, *ob. cit.*, p. 260).

Neste ponto torna-se patente o impacto tóxico que as penas curtas têm nos delinquentes, ao promoverem um contacto directo e inevitável com um meio criminógeno por excelência, com os consequentes e previsíveis efeitos de contágio<sup>38</sup>.

Ademais, como naturalmente se depreende, não deixa de ser axiomática a sequência de repercussões socioeconómicas negativas que a prisão implica para as vidas dos condenados – na sua maioria delinquentes primários –, e que poderão resultar, não raras vezes, na perda do posto de trabalho ou na degradação ou mesmo rompimento dos laços familiares e sociais, passando também, consequentemente, por assinaláveis reflexos negativos para a sua condição económico-financeira<sup>39</sup>.

Por outro lado, é ainda possível que – salientam alguns Autores<sup>40</sup> –, após a execução de uma pena curta de prisão, se tenha perdido para o indivíduo condenado o efeito dissuasivo que acompanha a ameaça de prisão<sup>41</sup>. Da mesma maneira, tem-se argumentado que um número elevado de condenações a penas curtas de prisão representará, indubitavelmente, um factor desestabilizador e agravador das condições do sistema penitenciário pela sobrecarga que significa, tornando-se mais difícil a execução de tratamentos ressocializantes eficazes para os condenados a penas longas<sup>42</sup>.

<sup>37</sup> Associando a preferência pela pena de multa, em vez da aplicação de pena curta de prisão, à finalidade preventivo-especial e à reeducação do agente, BRUNS, Hans-Jürgen, *Strafzumessungsrecht: Gesamtdarstellung*, 2., neubearbeitete und erweiterte Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag KG, 1974, p. 203.

<sup>38</sup> Na mesma linha, alertando para o perigo do contacto com os “profissionais do crime”, vide MARINUCCI, Giorgio / DOLCINI, Emilio, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Milano: Giuffrè Editore, 2012, p. 569. Não menos veraz é, ainda, a importância das penas curtas de prisão enquanto factores determinantes em termos de reincidência, vide GRASSO, Giovanni, “Le sanzioni sostitutive...”, *ob. cit.*, p. 260.

<sup>39</sup> Cf. MARINUCCI, Giorgio / DOLCINI, Emilio, *Manuale di Diritto Penale, ob. cit.*, p. 569. Ainda, destacando singularmente estes e outros problemas derivados da execução intramuros, CORREIA, Eduardo, “Assistência prisional e post-prisional”, in Sep. do BFD – *Homenagem ao Prof. Dr. José Alberto dos Reis*, Coimbra, 1956, pp. 2 ss.

<sup>40</sup> Veja-se, por exemplo, MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 505 ss.

<sup>41</sup> Ainda, GRASSO, Giovanni, “Le sanzioni sostitutive...”, *ob. cit.*, p. 261.

<sup>42</sup> Vide RODRIGUES, Anabela Miranda, “Critério de escolha das penas de substituição no Código Penal Português”, *ob. cit.*, p. 12; MAURACH, Reinhart / GÖSSEL, Karl Heinz / ZIPF, Heinz, *ob. cit.*, *idem*; no mesmo sentido, a propósito do relacionamento entre a «Kriminalpolitik»

Finalmente, não menos significativo é o facto de o uso excessivo da pena de prisão ocasionar a diminuição substancial da eficácia da sua função de prevenção geral, resultando ainda na possível perda da percepção da diferenciação entre criminalidade mais grave e infracções de menor relevo<sup>43</sup>.

Posto isto, tornava-se assente e pacífica, enfim, a concepção de a pena de prisão de curta duração acabar por não realizar nenhuma das finalidades que cumprem à pena, não servindo as exigências de prevenção geral e muito menos as de prevenção especial, estando longe de permitir uma efectiva e eficaz reinserção social dos delinquentes, tornando-se, na realidade, contraproducente<sup>44-45</sup> – num entendimento que viria a reflectir-se em vários ordenamentos<sup>46</sup>.

e a «*Kriminologie*», ZIPF, Heinz, *Kriminalpolitik, Ein Lehrbuch*, Heidelberg, Karlsruhe: C. F. Müller, 1980, pp. 11 ss; JACOBS, Ann, “Quelques réflexions sur l’avenir des courtes peines d’emprisonnement en Belgique”, in *RDUL*, 2006, p. 149. Ainda, associando uma redução substancial da incidência destas penas a uma melhor utilização das estruturas institucionais, tendo em vista as finalidades de ressocialização, BERNARDI, Alessandro, “Le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi nella recente esperienza francese”, in *RIDPP*, A. XXVII, 1984, p. 247. Para uma visão do panorama brasileiro moderno, a partir da análise das sanções alternativas enquanto resposta à sobrelotação das prisões, cfr. BERDET, Marcelo, “Are alternative sanctions an effective civil remedy to overcrowding prison population in Brazil?”, in *RBCC*, A. 21, Vol. 103, 2013, pp. 384 ss.

<sup>43</sup> Veja-se TRAPANI, Mario, *Le Sanzioni Penali Sostitutive*, ob. cit., p. 1; ainda, GRASSO, Giovanni, “Le sanzioni sostitutive...”, ob. cit., p. 262; MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal...*, ob. cit., p. 506.

<sup>44</sup> Vide DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, Parte Geral II...*, ob. cit., pp. 327-328; PALAZZO, Francesco, “Le pene sostitutive: nuove sanzioni autonome o benefici con contenuto sanzionatorio?”, in *RIDPP*, A. XXVI, 1983, pp. 819 ss; RODRIGUES, Anabela Miranda, “Critério de escolha das penas de substituição no Código Penal Português”, ob. cit., pp. 9 ss; MANTOVANI, Ferrando, “Sanzioni alternative alla pena detentiva e prevenzione generale”, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna: Società editrice il Mulino, 1980, pp. 85 ss; ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto Penale: Parte Generale*, Milano: Giuffrè, 1994, pp. 673 ss.

<sup>45</sup> Por seu turno, do lado oposto da barricada nunca pareceram proceder as premissas que os paladinos do recurso às penas curtas de prisão têm procurado apresentar – cada vez com menor frequência, diga-se – e do sustentado efeito «*sharp-short-shock*» das mesmas. Por um lado, invocava-se a melhor adequação das penas curtas de prisão, em relação a outros tipos de sanções, em termos de prevenção geral. Da mesma forma, sustentava-se – sobretudo na doutrina anglo-americana – que, para determinados tipos de criminosos – em particular pessoas de elevado estatuto socioeconómico, e portanto, tendo-se especialmente em vista os casos de criminalidade económica –, a pena de curta duração (ou mesmo de muito curta duração) poderia ter um efeito de choque («*shock*») altamente positivo, a que acrescia uma desnecessidade de ressocialização desses indivíduos. Ligada a esta última argumentação, residia a ideia de utilidade e conveniência da aplicação de pena curta de prisão, mormente

De todo o modo, não será incorrecto afirmar que este movimento de desconfiança em relação às penas curtas sempre trouxe consigo a sombra de uma «crise» mais geral e abrangente, não sendo estranho o cenário de se encontrar efectivamente absorvido e superado por uma crise da pena de prisão *come tale*, enquanto pedra angular de qualquer sistema sancionatório moderno<sup>47-48</sup>.

nos casos supramencionados, em função do seu característico efeito intimidativo, de maior ressonância sobre pessoas de elevado estatuto económico, contrariamente a sanções como a multa, e em relação às quais não haveria a temer o efeito dessocializador e perversor da prisão. De todo o modo, nem a alegada maior eficácia em termos de prevenção geral, nem o *so-called* efeito «*shock*» das penas curtas, parecem argumentos verdadeiramente convincentes – se é que alguma vez o foram. Assim, para além das já mencionadas repercussões excessivamente negativas associadas a estas penas e que são desprezadas por este entendimento, as eventuais carências que podem derivar de uma inutilização das penas curtas de prisão devem ser salvaguardadas através da maximização do recurso às penas de substituição e da eficácia da sua aplicação. Ademais, não é de ignorar o facto de que se não corrompem determinados indivíduos de estatuto económico proeminente, por outro lado acarretam a ameaça de um efeito de choque psicológico especialmente acentuado em relação a estes, potenciador das sequelas estigmatizantes da pena de prisão (cfr. nesse sentido, RODRIGUES, Anabela Miranda, “Critério de escolha das penas de substituição...”, *ob. cit.*, pp. 12 ss). Contudo, como bem ressalva Figueiredo DIAS (*vide* “A Pena de Multa de Substituição”, *ob. cit.*, pp. 164-165), não será de excluir de todo, em casos específicos e muito contados – como nos mencionados *supra* –, que se aconselhe o aproveitamento do efeito «*shock*» das penas curtas (*vide*, igualmente, JESCHECK, Hans-Heinrich, “La crisis de la política criminal”, in *DP*, A. 3, 1980, pp. 71-72; e, ainda, ANDRADE, Manuel da Costa, “O novo Código Penal e a moderna criminologia”, in *Jornadas de Direito Criminal, O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, Vol. I, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1983, pp. 212 ss). A propósito deste debate, veja-se RODRIGUES, Anabela Miranda, “Critério de escolha das penas de substituição...”, *ob. cit.*, pp. 11-14; e da mesma Autora, “As sanções penais clássicas e alternativas na legislação portuguesa”, *ob. cit.*, pp. 124-125; DIAS, Jorge de Figueiredo, “A Pena de Multa de Substituição”, *ob. cit.*, pp. 164-165; ainda, esmiuçando todas estas construções, GRASSO, Giovanni, “Le sanzioni sostitutive...”, *ob. cit.*, pp. 263. Finalmente, para uma panorâmica das visões favoráveis ao recurso a estas sanções veja-se, por exemplo, WEIGEND, Thomas, “Die kurze Freiheitsstrafe – eine Sanktion mit Zukunft?”, in *JZ*, 1986, pp. 260 ss.

<sup>46</sup> Veja-se, por exemplo, em relação às ordens alemã e francesa, JESCHECK, Hans-Heinrich, “La peine privative de liberté dans la politique criminelle moderne. Exposé comparatif de la situation en République fédérale d’Allemagne et en France”, in *RSC*, 1982, n.º 1, pp. 725 ss.

<sup>47</sup> Veja-se TRAPANI, Mario, *Le Sanzioni Penali Sostitutive*, *ob. cit.*, p. 2. Para o Autor citado, esta “crise” surge determinada, por um lado, pela crescente consciencialização da nocividade própria e não eliminável da prisão, especialmente em termos de dessocialização, e, por outro lado, pela decadência da confiança no tratamento penitenciário voltado para a reinserção social dos delinquentes. Na mesma linha, apontando tal-qualmente à crise da pena detentiva enquanto instrumento único e rígido de prevenção geral e especial, MANTOVANI, Ferrando,

Assim, nessa linha de pensamento, a cruzada contra as penas curtas de prisão surge como que um reflexo de um questionamento superior, enquanto que o panorama de eliminação dessas sanções parece constituir o primeiro passo de um caminho para a abolição gradual e progressiva da pena de prisão<sup>49</sup>.

Ora, é precisamente nesta demanda contra as penas de prisão de curta duração – que, tal como já adiantámos, de certo ponto de vista, acaba por constituir o epifenómeno de uma crise transcendente, visando o próprio papel da prisão enquanto sanção penal clássica<sup>50</sup> e o seu lugar no sistema sancionatório jurídico-penal hodierno – que reside a consolidação histórica e político-criminal das formas alternativas de sancionamento, e em particular das penas de substituição<sup>51</sup>, que ocupam objecto central da nossa dissertação. Firmadas, então, as premissas que conduziram à “condenação político-criminal das penas curtas de prisão”<sup>52</sup> de modo praticamente absoluto,

“Sanzioni alternative alla pena detentiva e prevenzione generale”, *ob. cit.*, pp. 85 ss; e, do mesmo Autor, *Diritto Penale: Parte Generale*, Padova: CEDAM, 2011, pp. 746 ss.

<sup>48</sup> Denotando na crise das penas curtas uma dupla atitude de fundo contrária às penas de prisão enquanto tal, na visão de Palazzo haveria duas perspectivas subjacentes a esse questionamento a não descurar: uma primeira, fundamentalmente optimista, de crença na possibilidade de reeducação através da prisão, e uma segunda, substancialmente pessimista em relação a essa hipótese. Este primeiro entendimento pendia para uma visão de confiança na virtude ressocializante da prisão, caracterizado, portanto, por uma esperança na prevenção especial. Já, pela segunda das perspectivas ou atitudes, a crise associada à pena curta de prisão surgia como um epifenómeno de uma crise mais geral, como o reflexo de um movimento superior e global, envolvendo a pena de prisão *come tale*, isto é, enquanto sanção com conteúdo restritivo da liberdade pessoal, podendo, por conseguinte, muitas das críticas geralmente apontadas às penas curtas estender-se à pena em geral. Assim, veja-se PALAZZO, Francesco, “Le pene sostitutive...”, *ob. cit.*, pp. 819 ss.

<sup>49</sup> Nesse sentido, BRICOLA, Franco, “Le misure alternative alla pena nel quadro di una « nuova » politica criminale”, in *RIDPP*, A. XX, 1977, p. 25. Neste âmbito, FERNANDÉZ ALBOR, Agustín, “Carceles y reaccion social”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, Número especial I, 1984, pp. 1 ss.

<sup>50</sup> Cfr. RODRIGUES, Anabela Miranda, “Critério de escolha das penas de substituição...”, *ob. cit.*, p. 4.

<sup>51</sup> Assim, veja-se MANTOVANI, Ferrando, “Pene e misure alternative”, in *RIDPP*, A. XX, 1977, p. 80. Naturalmente que ao surgimento de cada medida substitutiva corresponderá um determinado contexto político e um percurso histórico-evolutivo próprio, o que se vem notando é que a sua solidificação no quadro das consequências do crime é inseparável daquela corrente.

<sup>52</sup> Na expressão de DIAS, Jorge de Figueiredo, in *Direito Penal Português, Parte Geral II: As Consequências Jurídicas do Crime*, *ob. cit.*, p. 327.

tornara-se premente a necessidade de elaboração de possíveis modelos da sua substituição, capazes de assegurar com efectividade as finalidades penais<sup>53-54</sup>.

No horizonte jurídico-penal nacional, veio esta viragem do pensamento político-criminal imperante manifestar-se, com particular incidência, no Projecto da Parte Geral do Código Penal<sup>55</sup> – que arrancava da ideia de não ser ainda possível prescindir da pena privativa da liberdade, não deixando, no entanto, de reconhecer todos os males que envolve, almejando reduzi-los<sup>56</sup> –, apresentado em 1963<sup>57</sup>, impulsionada pela acção enérgica de Eduardo

<sup>53</sup> Veja-se PADOVANI, Tullio, “Sospensione e sostituzione nella prospettiva d’un nuovo sistema sanzionatorio”, in *RIDPP*, A. XXVIII, 1985, pp. 983 ss; KERNER, Hans-Jürgen, “Les sanctions pénales classiques et leurs alternatives dans le politiques criminelles européennes”, in *O Direito Penal em Acção numa Sociedade em Evolução, XXXVII Curso Internacional de Criminologia, Lisboa, 21-25 de Abril de 1986*, Lisboa: Ministério da Justiça e Centro de Estudos Judiciários, 1989, pp. 98 ss; MANTOVANI, Ferrando, “Sanzioni alternative alla pena detentiva e prevenzione generale”, *ob. cit.*, pp. 86 ss; BRICOLA, Franco, “Le misure alternative alla pena nel quadro di una «nuova» politica criminale”, *ob. cit.*, pp. 13 ss; TAK, Peter J. P., “Mesures alternatives à l’application de la peine d’emprisonnement dans les etats membres du Conseil de l’Europe”, in *BFD*, Vol. LXIV, 1988, pp. 193 ss; RICO, Jose M., “Medidas sustitutivas de la pena de prision”, in *AICP*, 1968, pp. 129 ss. Ainda, sob uma perspectiva de direito comparado, VELLAS-RAPP, Catherine, “Les peines de substitution en droit comparé”, in *AUSST*, T. XXXI, 1983, pp. 473 ss. Sintomático da necessidade de se procurar alternativas às penas curtas, veja-se, em relatório, ADVISORY COUNCIL ON THE TREATMENT OF OFFENDERS, *Alternatives to Short Terms of Imprisonment, Report*, London: HMSO, 1957, pp. 3 ss.

<sup>54</sup> Também, ZIELINSKA, Eleonora, “Les mesures pénales substitutives de la privation de liberté dans les pays socialistes européens, notamment les travaux d’intérêt général”, in *RSC*, n.º 1, 1985, pp. 35 ss; ou no panorama espanhol, LARRAURI, Elena, “Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho Penal español”, in *ADPCP*, T. XLIV, n.º 1, 1991, pp. 45 ss.

<sup>55</sup> Veja-se CORREIA, Eduardo, “Código Penal: Projecto da Parte Geral”, Sep. do *BMJ*, n.º 127, Lisboa: Empresa Nacional de Publicidade, 1963.

<sup>56</sup> Cfr. CORREIA, Eduardo, “As grandes linhas da reforma penal”, in *Jornadas de Direito Criminal, O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, Fase I, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1983, pp. 27 ss.

<sup>57</sup> Pese embora a especial incidência deste movimento político-criminal no Projecto da Parte Geral de 1963, materializado depois no Código Penal português de 1982, convém notar que já muito antes desta data se faziam sentir os seus efeitos no ordenamento jurídico nacional, mormente com o Decreto de 15 de Setembro de 1892 e com a possibilidade aí conferida de, atendendo ao número de circunstâncias atenuantes, aplicar-se a pena de multa em substituição da pena correccional fosse qual fosse a medida da pena, naquela que se julga ter sido verdadeiramente, entre nós, a primeira reacção contrária às penas de prisão de curta duração. Posteriormente, no Relatório do Decreto n.º 13 343 de 26 de Março de 1927, que regulava a conversão de penas curtas de prisão em multa, veio a confirmar-se esta tendência de

Correia, a quem coube a redacção daquele projecto<sup>58</sup>. Colocado o foco do questionamento já não somente nas penas curtas de prisão, mas igualmente nas penas de prisão aplicáveis à pequena e média criminalidade, Portugal posicionava-se um passo além do seu tempo, ao estender a crítica à pena de prisão *como tal*<sup>59-60</sup>.

Por conseguinte, tornava-se inescusável o alargamento do leque das penas de substituição que se veio a verificar<sup>61</sup>, acompanhado também da edificação, enquanto regra, da precedência da aplicação da reacção penal não institucio-

limitação da aplicação da pena prisional, dando-se ênfase às múltiplas repercussões negativas associadas às penas curtas. Neste âmbito, veja-se CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, *ob. cit.*, pp. 392 ss; e ainda RODRIGUES, Anabela Miranda, “As sanções penais clássicas e alternativas na legislação portuguesa”, *ob. cit.*, p. 125.

<sup>58</sup> Culminando com a publicação do Código Penal de 1982. Cfr. RODRIGUES, Anabela Miranda, “Critério de escolha das penas de substituição...”, *ob. cit.*, pp. 4 ss; DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, Parte Geral II: As Consequências Jurídicas do Crime*, *ob. cit.*, p. 328; ainda, PEREIRA, Luís de Miranda, “«Sanções e medidas de execução na comunidade», a importância dos relatórios sociais e a reforma do Código de Processo Penal. Política criminal em vigor: metas e realidade e a necessidade de um conceito abrangente de prevenção”, in *RPCC*, A. 8, 1998, pp. 432 ss; ROCHA, Manuel Lopes, “O novo Código Penal português – um ano depois”, in *EPC*, VIII, 1985, pp. 135 ss.

<sup>59</sup> Cf. CORREIA, Eduardo, “Código Penal: Projecto da Parte Geral”, *ob. cit.*, pp. 49 ss; DIAS, Jorge de Figueiredo, “O sistema sancionatório do direito penal português no contexto dos modelos de política criminal”, in *BFD – Número especial I, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, 1984, p. 787.

<sup>60</sup> Demonstrativa disso mesmo, é a já mui conhecida e reproduzida expressão de Pierre CANNAT: “*le projet de 1963 démontre une fois de plus que le Portugal demeure à la pointe même du progrès en matière pénitentiaire*”, em “Bibliographie, La prison, les mesures non institutionnelles et le projet de code pénal portugais de 1963, par Eduardo Correia (Coimbra – 1965)”, in *RPDP*, A. 90, 1966, p. 294. Veja-se, ainda, JESCHECK, Hans-Heinrich, “Principes et solutions de la politique criminelle dans la réforme pénale allemande et portugaise”, in *Estudos «In Memoriam» do Prof. Doutor José Beza dos Santos*, Vol. I, Sep. de *BFD*, Vol. 16, Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 1966, pp. 458 ss; e DIAS, Jorge de Figueiredo, “As tendências recentes da política criminal e o novo Código Penal português de 1982”, in *RDPCrim*, n.º 34, 1982, pp. 7 ss. Fundamental, sobre esta matéria, não pode deixar de se considerar a obra de HÜNERFELD, Peter, *Die Entwicklung der Kriminalpolitik in Portugal*, Bonn: Ludwig Röhrscheid Verlag, 1971, especialmente as pp. 232 ss, referentes ao capítulo especialmente dedicado aos trabalhos e reformas de Eduardo Correia.

<sup>61</sup> Vide CORREIA, Eduardo, “Código Penal: Projecto da Parte Geral”, *ob. cit.*, pp. 59 ss; e DIAS, Jorge de Figueiredo, “O Código Penal português de 1982 e a sua reforma”, in *RPCC*, A. 3, 1993, pp. 188 ss. Veja-se, a propósito da *despenalização*, DIAS, Jorge de Figueiredo / ANDRADE, Manuel da Costa, *Criminologia, O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 401 ss.

nal em face da pena de prisão quando ambas se encontrarem à disposição do juiz no caso concreto<sup>62</sup>, sempre que a primeira se revelar suficiente e adequada para a realização das finalidades da punição<sup>63</sup>, numa máxima cristalizada sob o princípio da *preferência pelas reacções criminais não privativas da liberdade*, corolário dos postulados da necessidade e subsidiariedade da intervenção penal<sup>64-65</sup>. Um outro factor que espelhava a adesão do legislador português de 1982 ao movimento de luta contra a aplicação de penas privativas da liberdade, e em particular das penas de curta duração, foi a absoluta supressão das penas de duração inferior a 1 mês<sup>66</sup>.

### 1.3. As penas substitutivas no âmbito do direito penal clássico

i). Percorrido um (ainda que rudimentar) excursão pela génese histórico-política das penas de substituição e sua introdução no ordenamento jurídico-penal nacional, e passadas em revista as principais motivações pelas quais as penas curtas de prisão não podem ser encaradas como um meio eficaz de repressão do crime – salvo raríssimas e assinaladas excepções – e que conduziram, de forma meritória, à condenação político-criminal destas penas pela esmagadora maioria da doutrina e complexos legislativos modernos, há que,

<sup>62</sup> Acompanhamos DIAS, Jorge de Figueiredo, “Os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português do Futuro”, in *ROA*, n.º 43, 1983, pp. 35 ss.

<sup>63</sup> Cfr. o art. 70.º do nosso Código Penal.

<sup>64</sup> Vide ANTUNES, Maria João, *Consequências Jurídicas do Crime*, ob. cit., p. 17; DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, Parte Geral II: As Consequências Jurídicas do Crime*, ob. cit., pp. 74-75; ainda, SANTOS, Manuel Simas, “Substitute measures for punishment and alternative punishments”, ob. cit., pp. 138 ss.

<sup>65</sup> Corolário lógico das necessidades emergentes das insuficiências da pena privativa da liberdade. Veja-se CORREIA, Eduardo, “Assistência prisional e post-prisional”, ob. cit., pp. 2 ss; e ainda, do mesmo Autor, “Código Penal: Projecto da Parte Geral”, ob. cit., pp. 50 e 102, por exemplo.

<sup>66</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda, “As sanções penais clássicas e alternativas na legislação portuguesa”, ob. cit., p. 114. Essa tendência seria reforçada em 1995, cfr. CARVALHO, Américo Taipa de, “As Penas no Direito Português após a Revisão de 1995”, in *Jornadas de Direito Criminal, Vol. 2, Revisão do Código Penal: Alterações ao Sistema Sancionatório e Parte Especial*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1998, p. 22. Cfr. ROCHA, Manuel Lopes, “A revisão do Código Penal português: sentido e extensão das alterações da parte geral no anteprojecto da comissão revisora”, in *RPCC*, A. 3, 1993, pp. 231 ss.

doravante, redireccionar o foco da nossa atenção para a análise em torno dos predicados que as penas de substituição encerram, particularmente as de carácter não detentivo, e para a reflexão acerca do alcance e intuito político-criminal por detrás deste instituto.

Revelar-se-ia da mais elementar inconveniência inaugurarmos esta meditação por outro ponto de ordem que não pela própria e singela concepção de «*penas de substituição*», pelo que passará por aí o nosso intróito. Assim sendo, e ainda que em termos históricos se possam reportar a todas as penas cuja origem histórica esteja relacionada, de alguma forma, com o movimento de reacção contra a prisão<sup>67</sup>, referem-se fundamentalmente às penas aplicadas em sentença condenatória, *em substituição* da execução das penas de prisão ou de multa, enquanto penas principais, concretamente determinadas<sup>68</sup>. No Código Penal, ao lado das penas principais e das penas acessórias, encontramos pois esta categoria autónoma de penas, de significado e teleologia próprios, que visam a substituição de qualquer uma das penas principais concretamente determinadas, sendo portanto aplicadas *em vez de* uma pena principal<sup>69</sup>.

Se, por um lado, acabam por não constituir penas principais, na medida em que não se encontram expressamente previstas para sancionamento nos tipos de crimes – contrariamente ao que ocorre com as penas de prisão e de multa para as pessoas singulares, ou às penas de multa e dissolução para as pessoas colectivas<sup>70</sup> –, de igual modo não se confundem com a categoria das penas acessórias uma vez que, para além das divergências existentes ao nível do seu sentido e propósitos, são aplicadas e executadas em vez de uma pena principal e não fixadas conjuntamente com ela (ou com uma pena de substituição) como sucede com as penas acessórias<sup>71</sup>.

<sup>67</sup> Este é considerado, no fundo, o seu conceito histórico, de maior amplitude face ao conceito “dogmático”. Vide RODRIGUES, Anabela Miranda, “Critério de escolha das penas de substituição...”, *ob. cit.*, p. 15.

<sup>68</sup> Neste sentido, RODRIGUES, Anabela Miranda, “Critério de escolha das penas de substituição...”, *ob. cit.*, p. 15.

<sup>69</sup> Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, Parte Geral II: As Consequências Jurídicas do Crime*, *ob. cit.*, p. 91; ANTUNES, Maria João, *Consequências Jurídicas do Crime*, *ob. cit.*, p. 17.

<sup>70</sup> ANTUNES, Maria João, *Consequências Jurídicas do Crime*, *ob. cit.*, p. 22.

<sup>71</sup> Acompanhamos DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, Parte Geral II: As Consequências Jurídicas do Crime*, *ob. cit.*, p. 91.

Diferentemente, será menos líquida uma distinção face às designadas penas alternativas que, numa terminologia mais ampla, parecem remeter-se a todos os tipos de sancionamento alternativo à pena de prisão, logo, diferentes da pena privativa da liberdade, radicando, desse modo, a sua origem histórica e teleológica no movimento de questionamento da pena de prisão e na falência do protagonismo da pena privativa da liberdade enquanto alicerce do sistema de reacções ao crime. Ainda assim, num enquadramento porventura mais estrito, podem reportar-se às sanções inscritas no tipo legal de crime enquanto penas principais, diferentes da pena de prisão e previstas em alternativa a esta – como sucede com a pena de multa alternativa no nosso ordenamento jurídico-penal, aliás a única que o nosso sistema reconhece enquanto pena principal alternativa à prisão<sup>72</sup> –, e que portanto se encontram à disposição do juiz para aplicação sem necessidade de qualquer determinação prévia de pena de prisão concretamente aplicável ao caso<sup>73</sup>.

ii). À vista disto, indo de encontro ao âmago da questão, a partir da vigência do Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, e principalmente depois de processada a vigésima terceira alteração ao nosso Código Penal através da Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, torna-se justificado afiançar que nele se reconhece, apesar dos vários critérios individualizados disseminados ao longo dos preceitos legais e especificidades próprias que cada espécie de pena de substituição abarca, aquilo que podemos designar de um *critério geral de escolha e de substituição da pena*<sup>74</sup>.

Desse modo, olhando ao conjunto de normativos que comandam a disciplina das penas de substituição, não obstante os regimes particulares que determinam e orientam a aplicação específica de cada uma delas, parece relativamente manifesto ser possível desvendar um critério segundo o qual o

<sup>72</sup> Assim, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, Parte Geral II: As Consequências Jurídicas do Crime*, ob. cit., pp. 334 ss e 363 ss.

<sup>73</sup> Vide, em relação à prestação de trabalho a favor da comunidade, classificando esta pena como sanção substitutiva da prisão, e não como alternativa, uma vez que pressupõe a determinação concreta da pena de prisão, JARDIM, Maria Amélia Vera, *Trabalho a Favor da Comunidade...*, ob. cit., p. 55; DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, Parte Geral II: As Consequências Jurídicas do Crime*, ob. cit., pp. 91 e 326.

<sup>74</sup> Usando as palavras de DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, Parte Geral II: As Consequências Jurídicas do Crime*, ob. cit., p. 331.

tribunal deverá dar preferência à aplicação de uma pena não privativa da liberdade, alternativa ou de substituição, sempre que, atendendo às circunstâncias do caso concreto e preenchidos os requisitos delimitados pelos regimes formalmente delineados, essa pena alternativa ou de substituição realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição<sup>75</sup>. Terá de ser este, em suma, o critério político-criminal decisivo a reinar aquando da escolha da pena ou da sua substituição.

Analizando-se, pois, o preceituado nos artigos 43.º/3 (a propósito da pena de proibição do exercício de profissão, função ou actividade), 44.º/1 (em particular na sua alínea a), disciplinadora da possibilidade de substituição da pena de prisão através do regime de permanência na habitação), 45.º/1 (direccionado à prisão por dias livres), 50.º/1 (sobre a suspensão da execução da pena de prisão), 58.º/1 (que impõe a prestação de trabalho a favor da comunidade) e 60.º/2 (relativo à admoestação), todos do CP<sup>76</sup>, ressalta-nos imediatamente à vista um «denominador comum»: para além do necessário preenchimento dos

<sup>75</sup> Nesse sentido, veja-se DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, Parte Geral II...*, ob. cit., p. 331; ANTUNES, Maria João, *Consequências Jurídicas do Crime*, ob. cit., pp. 70 ss.

<sup>76</sup> Desde logo, impõe o art. 43.º/3 a substituição da pena de prisão aplicada em medida não superior a 3 anos por pena de proibição do exercício de profissão, função ou actividade, públicas ou privadas, quando, cometido o crime no exercício dessas funções, o tribunal conclua “que por este meio se realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição”. Já a alínea a), do número 1 do art. 44.º, dispõe sobre a possibilidade de substituição da pena de prisão aplicada em medida não superior a 1 ano por regime de permanência na habitação, acompanhada da fiscalização por meios técnicos de controlo à distância, e havendo consentimento do condenado, “sempre que o tribunal concluir que esta forma de cumprimento realiza de forma adequada e suficiente as finalidades da punição”. Do mesmo modo, o art. 45.º/1 determina a eventualidade de substituição da pena de prisão aplicada em medida não superior a 1 ano por prisão por dias livres, no caso de o tribunal concluir que essa forma de cumprimento “realiza de forma adequada e suficiente as finalidades da punição”. Por sua vez, no caso respeitante ao art. 50.º/1, o CP impõe a suspensão da execução da pena aplicada em medida não superior a 5 anos quando, atendendo a determinadas circunstâncias atinentes ao contexto do crime e à pessoa do agente, concluir, na linha das restantes normas, que assim se “realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição”. Seguidamente, no art. 58.º/1 é ainda estabelecida a substituição de pena de prisão não superior a 2 anos aplicada ao agente, “sempre que [se] concluir que por este meio se realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição”. Finalmente, no relativo à pena de admoestação, o art. 60.º/2 diz-se que só poderá haver lugar à aplicação desta medida se o dano tiver sido reparado e o tribunal concluir que assim se realizam “de forma adequada e suficiente as finalidades da punição”. Veja-se as mencionadas normas, todas constantes do nosso Código Penal.

pressupostos de aplicação próprios, o recurso a todas e qualquer uma destas penas de substituição orienta-se em função da sua *adequabilidade e suficiência* em termos da *realização das finalidades da punição*<sup>77</sup> – critério presente em todas estas medidas substitutivas das penas principais<sup>78</sup>. Tais disposições, associadas ao prescrito no art. 70.º do CP<sup>79</sup> e à máxima da preterição da pena privativa da liberdade em benefício da pena não privativa, desaguam na edificação deste critério geral de escolha da pena, já apontado por Figueiredo Dias<sup>80</sup> anteriormente à entrada em vigor do Código de 1995 e, de resto, constante do Projecto de 1991 elaborado pela Comissão Revisora presidida por este insigne Mestre<sup>81</sup>.

Assim sendo, segundo esta sequência de ideias, torna-se inequívoco que são finalidades preventivo-gerais e especiais, ou seja, “finalidades exclusivamente preventivas” – e elas somente – que fundamentam e estabelecem o primado das reacções criminais não privativas da liberdade, e que portanto sustentam a preferência por uma pena alternativa ou por uma pena de substituição,

<sup>77</sup> Finalidades que necessariamente remetem para o art. 40.º/1 e para as exigências preventivas. Veja-se, assim, ANTUNES, Maria João, *Consequências Jurídicas do Crime*, ob. cit., p. 70.

<sup>78</sup> Note-se, porém, que o regime da pena de multa de substituição parece apresentar um critério preventivo-especial, nos termos do art. 43.º/1, ao introduzir uma excepção à regra da substituição da pena de prisão aplicada em medida não superior a 1 ano, no caso da execução da pena de prisão ser “exigida pela necessidade de prevenir o cometimento de futuros crimes”. Alertando para esta situação, entendendo ainda que o critério de substituição por multa corresponde ao critério geral do art. 70.º, ANTUNES, Maria João, *Consequências Jurídicas do Crime*, ob. cit., pp. 70-71. Para além do que fica para já referido a propósitos das previsões legais ao nível dos regimes de escolha e aplicação das penas de substituição, menção deve ser feita também à suspensão com regime de prova e ao art. 53.º/1 do CP, que aponta para a conveniência e adequação deste regime para a promoção da “reintegração do condenado na sociedade” – virando-se então para as necessidades de prevenção especial de ressocialização –; e para o art. 46.º/1 e para o regime de semidetenção que, para além de exigir o consentimento do condenado, parece não compreender qualquer critério de aplicação que não seja a execução deste regime apenas quando outra espécie de pena de substituição não seja aplicada. Veja-se os artigos 46.º/1 e 53.º/1 do CP.

<sup>79</sup> Que, inserido no capítulo da “Escolha e medida da pena” e sob o título “Critério de escolha da pena”, dispõe: “Se ao crime forem aplicáveis, em alternativa, pena privativa e pena não privativa da liberdade, o tribunal dá preferência à segunda sempre que esta realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição”.

<sup>80</sup> Vide, por todos, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, Parte Geral II: As Consequências Jurídicas do Crime*, ob. cit., pp. 330 ss.

<sup>81</sup> Veja-se MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, COMISSÃO DE REVISÃO DO CÓDIGO PENAL, *Código Penal: actas e projecto da Comissão de Revisão*, Lisboa: Rei dos Livros, 1993, p. 78.

sendo pois razões unicamente de prevenção geral e especial que repousam na base da escolha de uma medida de substituição e sua efectiva aplicação, em sacrifício de uma pena de prisão<sup>82</sup>.

Por conseguinte, tem-se solidificado o entendimento de não relevarem neste ponto quaisquer finalidades de compensação da culpa, sendo estas chamadas à colação apenas ao nível da determinação da medida concreta da pena principal ou de substituição (em harmonia com o art. 71.º/1 do CP), nada contendendo com a questão da escolha da espécie de pena – operação em que sobrelevam, em exclusivo, como vemos, as exigências de prevenção –, mas correspondendo, por sua vez, ao limite inultrapassável da medida da pena, em conformidade com o número 2, do art. 40.º, do CP<sup>83</sup>. Assim, valerá a culpa já no momento da determinação da medida da pena de prisão precedente da aplicação da pena substitutiva, obrigatória enquanto pressuposto da substituição, e também na fase da determinação da concreta medida da pena alternativa ou de substituição, representando, à vista disso, um factor absolutamente externo às matrizes históricas e político-criminais que conduziram à eclosão e expansão das penas de substituição<sup>84-85</sup>.

<sup>82</sup> Novamente, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português...*, *ob. cit.*, p. 331; e, em idêntico sentido, RODRIGUES, Anabela Miranda, “Critério de escolha das penas de substituição...”, *ob. cit.*, p. 16; RODRIGUES, Anabela Miranda, “Sistema punitivo português, Principais alterações no Código Penal revisto”, in *Sub Judice: Justiça e Sociedade*, n.º 11, 1996, p. 33.

<sup>83</sup> Cfr. ANTUNES, Maria João, *Consequências Jurídicas do Crime*, *ob. cit.*, p. 71. Salientando este princípio em anotação a acórdão, RODRIGUES, Anabela Miranda, “Pena de prisão substituída por pena de prestação de trabalho a favor da comunidade (prática de um crime de receitação dolosa), Sentença do tribunal de círculo e de comarca de Figueira da Foz de 29 de Maio de 1998”, in *RPCC*, A. 9, n.º 4, 1999, pp. 666 ss.

<sup>84</sup> Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, Parte Geral II: As Consequências Jurídicas do Crime*, *ob. cit.*, p. 332.

<sup>85</sup> Decidindo no sentido de a aplicação de uma sanção substitutiva depender exclusivamente de considerações preventivas, é paradigmático o Acórdão do STJ de 21 de Março de 1990 (processo 040639), considerado já um “*leading sentence*”, disponível em <www.dgsi.pt>, mereceu o aplauso de Figueiredo DIAS, em *últ. ob. cit.*, p. 332, e a anotação favorável de Anabela Miranda RODRIGUES, em “A determinação da medida concreta da pena privativa da liberdade e a escolha da pena, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de Março de 1990 (3.ª Secção – Processo n.º 40 639)”, in *RPCC*, A. 2, 1991, pp. 243 ss. Mais recentemente, na mesma direcção, por exemplo o Ac. do TRP de 25-09-2013 (processo 237/11.7PEGDM.P1), ou o Ac. do TRC de 01-07-2015 (processo 551/11.1PBCTB.C2), disponíveis no mesmo sítio.

Para lá do que vem sendo tratado, não será certamente supérfluo observarmos os diferentes papéis que prevenção geral e especial desempenham, respectivamente, neste contexto, sendo irrefutável, contudo, a prevalência das exigências de prevenção especial e da (res)socialização, não sendo de estranhar o facto de serem elas as que melhor correspondem ao suporte básico essencial do movimento de luta contra a pena de prisão<sup>86</sup>. Na óptica de Figueiredo Dias<sup>87</sup>, essa prevalência desdobra-se, primeiramente, no facto de o tribunal só dever recusar a aplicação de uma pena de substituição ou alternativa nos (porventura pouquíssimos) casos em que a efectiva execução da pena de prisão se revelar, sob o barómetro da prevenção especial de socialização, necessária ou, de qualquer modo, mais conveniente do que estas; e, a um segundo nível, na consideração de que, de entre o catálogo de penas de substituição ao dispor do juiz para aplicação ao caso concreto, deve ser preferida aquela que responda da melhor forma às necessidades relacionadas com a prevenção especial de socialização<sup>88</sup>.

Além disso, não podem ser desconsideradas as exigências conexas com a prevenção geral de integração, ainda que de conteúdo mínimo visando a defesa do ordenamento jurídico, à qual fica reservado o papel de limite à actuação das exigências preventivo-especiais, só podendo, porém, determinar a preterição de uma pena alternativa ou de substituição, em benefício de uma pena de prisão, no caso de isso se “mostrar indispensável para que não sejam postas irremediavelmente em causa a necessidade de tutela dos bens jurídicos e estabilização contrafáctica das expectativas comunitárias”<sup>89</sup>.

De todo o modo, deve realçar-se que a decisão de negação da aplicação de pena não privativa da liberdade, alternativa ou de substituição, em favor

<sup>86</sup> O conflito entre prevenção especial e prevenção geral, em termos da escolha da pena, é de resto uma problemática a que Anabela Miranda Rodrigues dedica especial atenção. Vide, por todos, RODRIGUES, Anabela Miranda, “Critério de escolha das penas de substituição...”, *ob. cit.*, pp. 17 ss.

<sup>87</sup> Veja-se DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, Parte Geral II: As Consequências Jurídicas do Crime*, *ob. cit.*, p. 332 ss.

<sup>88</sup> Em idêntica direcção, GILMAN, William Themudo, “Uma pena de trabalho a favor da comunidade: breves notas”, in *RJUP*, n.º 11, 2003, p. 189.

<sup>89</sup> Continuamos a acompanhar, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português...*, *ob. cit.*, p. 333. No mesmo sentido, RODRIGUES, Anabela Miranda, “Critério de escolha das penas de substituição...”, *ob. cit.*, pp. 19 ss.

de uma pena detentiva, carece, em todos os casos, de devida fundamentação (a designada *fundamentação negativa*)<sup>90</sup>.

iii). Posto isto – e ultrapassado que está o problema de serem as penas de substituição consideradas «verdadeiras penas»<sup>91</sup> –, de acordo com a conceptualização inicialmente fornecida e em sintonia com a doutrina preponderante<sup>92</sup>, podem estas penas repartir-se<sup>93</sup> entre vários grupos, distinguindo-se à

<sup>90</sup> Nesse sentido, ANTUNES, Maria João, *Consequências Jurídicas do Crime*, ob. cit., p. 71.

<sup>91</sup> Concepção hoje largamente dominante no seio da doutrina portuguesa, depois de alguma hesitação, sendo unanimemente reconhecido que qualquer forma de substituição da sanção penal clássica que constitui a pena de prisão não deixa de abarcar a imposição de um «mal», ao implicar um efeito de maior ou menor penosidade para quem a sofre, não deixando igualmente de reflectir certa dose de desaprovação pública, cumprindo-se nessa medida as exigências relacionadas com a manutenção e salvaguarda do ordenamento jurídico (cfr. RODRIGUES, Anabela Miranda, “A determinação da medida concreta da pena privativa da liberdade e a escolha da pena, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de Março de 1990 (3.ª Secção – Processo n.º 40 639)”, in *RPCC*, A. 2, 1991, p. 257). Sobre esta questão, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, Parte Geral II: As Consequências Jurídicas do Crime*, ob. cit., pp. 329 ss. Veja-se, em defesa desta ideia, já nos longínquos anos quarenta, a propósito da suspensão condicional da execução da pena, SANTOS, José Beleza dos, “A suspensão condicional da execução da pena e os efeitos do não cumprimento das condições”, in *RLJ*, A. 74, n.º 2700, 1941-1942, p. 147; na mesma linha de pensamento se situava Eduardo Correia, in “Código Penal: Projecto da Parte Geral”, ob. cit., pp. 46 ss; finalmente, sobre esta visão bem patente no Projecto de 1963, que, inclusivamente, elencava a suspensão da execução da pena e o regime de prova no catálogo de penas principais no seu art. 47.º – indicação que viria a suprimir-se com as revisões ministeriais –, cf. COSTA, José Gonçalves da, “Suspensão da execução da pena e regime de prova”, in *RMP*, A. 4, n.º 15, 1983, pp. 37 ss. Cfr., ainda, BRANDÃO, Nuno, “Conhecimento superveniente do concurso e revogação de penas de substituição: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de Julho de 2003”, in *RPCC*, A. 15, n.º 1, 2005, pp. 149-150. Sob diferente perspectiva, optando por considerar estas medidas fundamentalmente como “casos de modificação das penas que têm lugar na execução das penas”, ou por outras palavras, como “modificação das penas, na sua execução”, FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal, Parte Geral*, Coimbra: Almedina, 2010, pp. 181 ss.

<sup>92</sup> Veja-se DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, Parte Geral II: As Consequências Jurídicas do Crime*, ob. cit., pp. 334 ss; e RODRIGUES, Anabela Miranda, “Critério de escolha das penas de substituição...”, ob. cit., p. 15.

<sup>93</sup> Note-se que a sistematização das penas de substituição pode operar-se através de diversos modelos, atendendo-se a diferentes factores, sendo variadas as propostas nesse sentido. Não sendo essa, todavia, uma problemática que nos apraza tratar, iremos limitar-nos àquela que constitui a sistematização mais comumente apresentada. A título exemplificativo, fazendo a distinção entre penas substitutivas na aplicação judicial da pena e penas substitutivas na

cabeça, desde logo, as penas de substituição em *sentido próprio* e as penas de substituição *detentivas*.

Destarte, o primeiro dos grupos mencionados incorpora o elenco de todas aquelas penas de substituição de cunho não privativo da liberdade, não detentivas, que são portanto cumpridas em liberdade, e que, ao mesmo tempo, impliquem a prévia determinação da medida da pena de prisão, sendo aplicadas em vez desta. Estes são, com efeito, os dois requisitos em que assenta a configuração das designadas penas de substituição em sentido próprio. Já no que concerne à segunda das classes apresentadas, pelo contrário, estas encontram correspondência precisamente, como aliás bem se adivinha, com aquelas penas de substituição cujo cumprimento envolva, de alguma forma, a privação da liberdade do condenado, podendo ser cumpridas intramuros, isto é, em instituições prisionais, ainda que em regimes distintos da prisão contínua, ou na sua habitação, não deixando também de requerer a determinação prévia da medida da pena de prisão<sup>94</sup>.

As penas de substituição em sentido próprio, por não terem carácter institucional, acabam por corresponder de forma mais acertada aos propósitos político-criminais que estiveram na origem do movimento de luta contra a pena privativa da liberdade, reflectindo do melhor modo todo o conjunto de traços ideológicos basilares preconizados por esse ideário e que determinaram a consolidação destes mecanismos<sup>95</sup>. Por conseguinte, são vários os exemplos deste conglomerado de penas de substituição, destinadas às pessoas singulares, a figurar no Código Penal vigente, como a pena de *suspensão da execução da pena de prisão*<sup>96</sup> nas suas diversas modalidades (artigo 50.º

execução da pena, SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português: Parte Geral*, Vol. III: *Teoria das penas e medidas de segurança*, Lisboa: Verbo, 2008, pp. 90 ss.

<sup>94</sup> Assim diferenciadas, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, Parte Geral II: As Consequências Jurídicas do Crime*, ob. cit., pp. 334 ss; ANTUNES, Maria João, *Consequências Jurídicas do Crime*, ob. cit., pp. 31 ss.

<sup>95</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, Parte Geral II: As Consequências Jurídicas do Crime*, ob. cit., p. 335.

<sup>96</sup> Note-se que na vigência do DL n.º 400/82, de 23 de Setembro, o regime de prova não pressupunha a prévia determinação de medida concreta de pena de prisão, antes bastando que o réu fosse considerado culpado da prática de crime punível com pena de prisão não superior a 3 anos, pelo que se considerava à data, político-criminalmente, como um tipo autónomo de pena de substituição, distinto das penas de substituição em sentido próprio e das detentivas. Nesse sentido, autonomizando o regime de prova, DIAS, Jorge de Figueiredo,

e seguintes do CP) – suspensão da execução da pena de prisão simples (art. 50.º/1), subordinada ao cumprimento de deveres (arts. 50.º/2 e 51.º), subordinada à observância de regras de conduta (arts. 50.º/2 e 52.º) ou a suspensão acompanhada de regime de prova (arts. 50.º/2 e 53.º) –, a *pena de multa de substituição* (art. 43.º/1)<sup>97</sup>, a *prestação de trabalho a favor da comunidade* (arts. 58.º e 59.º) ou a *proibição do exercício de profissão, função ou actividade, públicas ou privadas* (art. 43.º/3)<sup>98</sup>.

Por seu turno, às penas de substituição de índole detentiva aplicáveis às pessoas singulares correspondem, nos parâmetros actuais do Código Penal nacional, a *prisão por dias livres* (art. 45.º), o *regime de permanência na habitação* (alínea a) do n.º 1 do art. 44.º) e o *regime de semidetenção* (art. 46.º)<sup>99,100</sup>.

Numa outra espécie autónoma de penas de substituição encontramos a *admoestação* (art. 60.º do CP), que pressupõe já não a fixação prévia da medida de uma pena de prisão<sup>101</sup> mas, diversamente, a determinação anterior de

*últ. ob. cit.*, pp. 336-337. Em similar enquadramento, mas qualificando-o à altura como “uma pena aplicada por forma principal”, RODRIGUES, Anabela Miranda, “Critério de escolha das penas de substituição...”, *ob. cit.*, p. 15.

<sup>97</sup> Veja-se MONTEIRO, Fernando Conde / SANTOS, Margarida / CARNEIRO, Ana Teresa, “A pena de multa de substituição no actual Código Penal Português – Algumas considerações de natureza política e jurídico-criminal”, in *Estudos em Comemoração dos 20 Anos da Escola de Direito da Universidade do Minho*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 235 ss.

<sup>98</sup> Vide ANTUNES, Maria João, *Consequências Jurídicas do Crime*, *ob. cit.*, p. 31 ss; também, DIAS, Jorge de Figueiredo, *últ. ob. cit.*, pp. 335.

<sup>99</sup> Por outro lado, menos incontroversa será a questão da (não) inclusão, no âmbito das penas de substituição, daquelas penas de prisão aplicadas em medida não superior a 1 ano que sejam executadas em regime de semidetenção e/ou em regime de permanência na habitação, colhendo-se o consentimento do condenado, ou se se consubstanciarão, ao invés, num modo de execução da pena de prisão decretada pelo juiz. Sublinhando pertinentemente esta questão, ANTUNES, Maria João, *últ. ob. cit.*, pp. 33 ss.

<sup>100</sup> Parece não ser inquestionável que tais penas sejam consideradas «de substituição» na medida em que, pelo menos algumas delas, são cumpridas na prisão, no entanto deve relembrar-se que, para além de suporem a determinação prévia de pena de prisão, sendo aplicadas em vez desta, bebem indiscutivelmente das mesmas raízes históricas e político-criminais dos restantes mecanismos de substituição. Nesta rota, defendendo ainda a ausência, na prisão por dias livres e no regime de semidetenção, dos inconvenientes apontados às penas curtas, DIAS, Jorge de Figueiredo, *últ. ob. cit.*, p. 336. Sob outro ponto de vista, considerando a prisão por dias livres e o regime de semidetenção como «modalidades de execução da prisão», veja-se FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal...*, *ob. cit.*, pp. 183 ss.

<sup>101</sup> Anteriormente ao Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, a admoestação – qual “versão moderna da «repreensão judicial» oitocentista” – poderia ter lugar após a fixação de pena de

medida da pena de multa, distanciando-se dos alicerces da cruzada contra as penas de prisão e das raízes teleológicas das penas substitutivas<sup>102</sup>.

iv). Por último, quanto a uma possível hierarquização das penas de substituição legalmente admitidas, deve notar-se que, após as alterações procedidas em 1995 nesta matéria, torna-se patente a persistência de certa «hierarquia legal» entre elas, denotando-se, primeiramente e acima de tudo, a prevalência das penas substitutivas não detentivas (art. 43.º/1 do CP<sup>103</sup>) em relação a medidas como a prisão por dias livres (art. 45.º/1) e o regime de semidetenção (art. 46.º/1 do CP)<sup>104</sup>, sendo, em segundo lugar, dada primazia, entre as medidas de substituição detentivas, ao regime de obrigação de permanência na habitação em relação às outras duas espécies (art. 44.º/1, alínea a) do CP)<sup>105</sup> e, finalmente, preferência pela prisão por dias livres em relação ao regime de semidetenção, de resto decorrente do art 46.º/1 do CP<sup>106,107</sup>.

prisão não superior a 3 meses, com ou sem multa, ou só pena de multa até ao mesmo limite, correspondendo, nessa altura, a uma verdadeira pena de substituição em sentido próprio, por pressupor a fixação prévia de pena de prisão e, simultaneamente, ser cumprida extramuros. Veja-se DIAS, Jorge de Figueiredo, *últ. ob. cit.*, pp. 384 ss.

<sup>102</sup> ANTUNES, Maria João, *últ. ob. cit.*, pp. 33 ss.

<sup>103</sup> Sob o frontispício “Substituição da pena de prisão”, o n.º 1 do art 43.º do CP estabelece a substituição da pena de prisão aplicada em medida não superior a 1 ano “por pena de multa ou por outra pena não privativa da liberdade aplicável”, prescrevendo uma regra de prioridade das reacções não detentivas ao nível da substituição da pena de prisão. Veja-se o art. 43.º/1 CP.

<sup>104</sup> As disposições correspondentes aos arts. 45.º/1 e 46.º/1 vão nesse mesmo sentido de prevalência das penas de substituição não detentivas, ao ressaltarem que a substituição através da aplicação da prisão por dias livres ou regime de semidetenção apenas deverá ocorrer quando a pena de prisão “não deva ser substituída por outra espécie (de pena de substituição)”. Cfr. os arts. 45.º/1 e 46.º/1 do CP.

<sup>105</sup> Na sequência do que ficou já referido na nota anterior a respeito do consagrado nos arts. 45.º/1 e 46.º/1, extrai-se desses normativos a preferência pelo regime de permanência na habitação do art. 44.º/1, alínea a), em relação às outras medidas de carácter detentivo, visto que em ambos os regimes (da prisão por dias livres e da semidetenção) se prevê a aplicação subsidiária dessas medidas, apenas quando outra pena de substituição (incluindo-se aqui, evidentemente, o regime de permanência na habitação) não seja de aplicar. Cfr. as referidas normas.

<sup>106</sup> Vide o art. 46.º/1 do CP, que regula o recurso ao regime de semidetenção, enquanto substitutivo da pena de prisão não superior a 1 ano, apenas quando esta não deva ser substituída por medida de outro tipo, “nem cumprida em dias livres”.

#### 1.4. A Reforma de 2007 e a disciplina das sanções substitutivas

A Reforma do Sistema Penal de 2007 – e neste âmbito referimo-nos, concretamente, à revisão do Código Penal operada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro –, introduziu importantes mudanças ao nível do sistema sancionatório num conjunto de alterações que abrangeram, na Parte Geral, entre outras matérias, as penas de substituição, a liberdade condicional, a responsabilidade das pessoas colectivas e equiparadas, o concurso de crimes e o crime continuado, o desconto de medidas privativas da liberdade nas penas principais e as regras de aplicação da lei penal no tempo e no espaço<sup>108</sup>. O impacto determinante que tais modificações representaram ao nível da disciplina das penas de substituição justifica, pois, que deixemos um breve apontamento sobre elas.

Assim sendo, em matéria de penas de substituição, as alterações trazidas pela Lei n.º 59/2007 repercutiam-se, fundamentalmente, em duas frentes: em primeiro lugar na previsão de novos mecanismos de substituição da pena de prisão e, em segundo, no alargamento do âmbito de aplicação das medidas já existentes<sup>109</sup> – constituindo estas, em suma, as duas grandes linhas modificativas operadas ao nível desta disciplina.

Dessa forma, após a Revisão, passava a prever-se no número 3, do art. 43.º do Código Penal, a possibilidade de substituição da pena de prisão não superior a 3 anos por pena de proibição do exercício de profissão, função ou actividade, públicas ou privadas, por um período de 2 a 5 anos, quando o crime tivesse sido cometido pelo arguido no respectivo exercício. De igual modo, estatuiu-se uma nova medida de índole detentiva no art. 44.º, a que corresponderia o regime de permanência na habitação, executado com fiscalização por meios técnicos de controlo à distância, em substituição da

<sup>107</sup> Veja-se, a propósito de uma «hierarquia legal das penas de substituição», ANTUNES, Maria João, *Consequências Jurídicas do Crime*, ob. cit., pp. 72-73.

<sup>108</sup> Cfr., em análise a todas estas alterações, ANTUNES, Maria João, “Alterações ao sistema sancionatório”, in *Revista do CEJ*, n.º 8 (especial), *Jornadas sobre a revisão do Código Penal: Estudos*, 2008, pp. 7 ss.

<sup>109</sup> Nesse sentido, ANTUNES, Maria João, “Alterações ao sistema sancionatório”, ob. cit., p. 7; LATAS, António João, “O novo quadro sancionatório das pessoas singulares: Revisão do Código Penal de 2007”, in *A Reforma do Sistema Penal de 2007: Garantias e Eficácia*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 84 ss.

pena de prisão aplicada em medida não superior a 1 ano<sup>110</sup>. O cardápio de penas de substituição consagradas na Lei Penal nacional era então ampliado e, colocando-se à disposição do juiz mais duas alternativas à aplicação de uma pena (curta) de prisão, o legislador português dava mais uma passada no sentido da limitação da aplicação de penas de prisão de curta duração, em sintonia com o pensamento político-criminal moderno predominante, agora com a possibilidade de proibição do exercício de proibição, função ou actividade e com o regime de permanência na habitação<sup>111</sup>.

No que concerne às medidas substitutivas já existentes, *grosso modo*, verificou-se o alargamento do âmbito aplicativo de todas elas. A pena de multa de substituição passava a poder substituir a pena não superior a 1 ano (quando anteriormente se encontrava limitada às penas não superiores a 6 meses)<sup>112</sup>, ao mesmo tempo que se passava a admitir a substituição da pena de prisão não superior a 1 ano por prisão por dias livres ou através de regime de semi-detenção (anteriormente o regime legalmente consagrado apontava para as penas com limite de 3 meses)<sup>113</sup>, ao passo que a esfera de actuação da suspensão da execução da pena de prisão evoluía das penas não superiores a 3 anos para abranger as penas de prisão não superiores a 5 anos<sup>114</sup>. A prestação

<sup>110</sup> Veja-se os arts. 43.º/3 e 44.º do nosso CP. *Vide* ANTUNES, Maria João, “Alterações ao sistema sancionatório”, *ob. cit.*, p. 8.

<sup>111</sup> Cfr. LEITE, André Lamas, “Execução da pena privativa de liberdade e ressocialização em Portugal: linhas de um esboço”, in *Revista de Criminologia e Ciências Penitenciárias*, A. 1, n.º 1, 2011, pp. 23 ss.

<sup>112</sup> Por outro lado, verificou-se ainda o aumento do limite mínimo do quantitativo diário de €1 para €5, mantendo-se, todavia, o limite mínimo de 10 dias e o máximo de 360 dias. Cfr. os actuais arts. 43.º/1 e 47.º do CP, em contraposição com os anteriores arts. 44.º/1 e 47.º.

<sup>113</sup> Ainda em relação às penas de substituição de carácter detentivo, aumentou-se para o máximo de 72 o limite de períodos de privação da liberdade correspondentes a fins-de-semana, no caso da prisão por dias livres, podendo agora o regime de semidetenção ser executado até ao limite de 1 ano. Veja-se os arts. 45.º/1, 45.º/2 e 46.º/1 do CP.

<sup>114</sup> Igualmente, o regime de prova passou a ser obrigatório quando o condenado não tiver ainda completado, ao tempo do crime, 21 anos de idade, ou quando a pena de prisão aplicada tiver sido superior a 3 anos, devendo também, posteriormente, na redacção dada pela Lei n.º 103/2015, de 24 de Agosto, ser ordenado quando o agente seja condenado pela prática de crime previsto nos arts. 163.º a 176.º-A, cuja vítima seja menor. Cfr. os arts. 50.º/1 e 2 e 53.º/3 e 4 do CP. Especificamente sobre a extensão da esfera de aplicação da suspensão da execução da pena de prisão, *vide* MONTEIRO, Fernando Conde, “O alargamento do âmbito de aplicação da suspensão da execução da pena de prisão na *Reforma do Sistema Penal de 2007*”, in *Direito e Justiça: Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, Vol. I, 2011, pp. 493 ss.

de trabalho a favor da comunidade via a sua aplicação ser alargada às penas não superiores a 2 anos (quando o limite legal anterior respeitava às penas não superiores a 1)<sup>115</sup>, enquanto a admoestação passava a poder ser proferida quando fosse de aplicar pena de multa não superior a 240 dias (dobrando-se o máximo legal antigamente previsto)<sup>116-117</sup>.

Desde logo, era patente na “Exposição de Motivos” da Proposta de Lei n.º 98/X<sup>118</sup> o seguidismo desta Reforma perante a ideologia de restrição da aplicabilidade das penas de prisão apenas à criminalidade mais grave e de diversificação das medidas não institucionais – de modo a reflectir a concepção de integração social e também no sentido de se reduzir a sobrelotação das prisões nacionais<sup>119</sup> –, contando precisamente com a “diversificação das sanções não privativas da liberdade, para adequar as penas aos crimes, promover a reintegração social dos condenados e evitar a reincidência” enquanto uma das suas principais orientações<sup>120</sup>.

Procedeu-se pois à previsão de novas penas substitutivas da pena de prisão e alargou-se o âmbito de aplicação das já existentes com o objectivo de tornar as sanções mais eficazes e promover-se, simultaneamente, a reintegração social dos condenados<sup>121</sup> – pretensões claramente tributárias do ideário de luta contra a aplicação da pena de prisão, pelo que podemos afirmar que estas modificações se inscrevem ainda no movimento que irrompeu no nosso ordenamento jurídico-penal com o Projecto do Código Penal de 1982 e pela mão, essencialmente, de Eduardo Correia, e que espelham e aprofundam o conteúdo político-criminal da codificação de 1982 especialmente no que concerne à pequena e média criminalidade<sup>122</sup>.

<sup>115</sup> Cfr. o art. 58.º/1 do CP.

<sup>116</sup> Veja-se o actual art. 60.º/1 do CP.

<sup>117</sup> Para uma análise pormenorizada *vide*, por todos, ANTUNES, Maria João, “Alterações ao sistema sancionatório”, *ob. cit.*, pp. 7 ss; ainda LATAS, António João, “O novo quadro sancionatório das pessoas singulares: Revisão do Código Penal de 2007”, *ob. cit.*, pp. 90 ss.

<sup>118</sup> Cfr. a “Exposição de Motivos” da referida Proposta de Lei 98/X, disponível em «www.parlamento.pt».

<sup>119</sup> Cfr. LATAS, António João, “O novo quadro sancionatório das pessoas singulares: Revisão do Código Penal de 2007”, *ob. cit.*, pp. 84 ss.

<sup>120</sup> Cfr. a citada “Exposição de Motivos”, especialmente no seu ponto 2.

<sup>121</sup> Cfr. o ponto 5 da “Exposição de Motivos” da referida Proposta de Lei.

<sup>122</sup> No mesmo sentido, ANTUNES, Maria João, “Alterações ao sistema sancionatório”, *ob. cit.*, p. 7; LATAS, António João, “O novo quadro sancionatório das pessoas singulares: Revisão do

## 1.5. Ainda as penas de substituição

Na senda do que vem sendo percorrido até aqui, vemos que ao florescimento das medidas de substituição da pena privativa da liberdade na dogmática das consequências jurídicas do crime não pode deixar de associar-se a preeminência das preocupações relacionadas com a socialização dos condenados. Evidenciados os principais óbices das sanções detentivas de curta duração, tornava-se inadiável a sua supressão, designadamente através da sua substituição por mecanismos alternativos. Ressalvado ficava, todavia, a admissibilidade excepcional do recurso a elas, em contados e muito específicos casos.

À vista disso, é hoje indubitável que as penas de substituição visam sobretudo a reinserção social do condenado – acima de todas as outras, esta é a sua função suprema, o seu propósito último. É, pois, neste intuito ressocializador que reside o motivo da sua existência, por oposição à inidoneidade das penas (curtas) de prisão para a ressocialização do agente do crime.

Assim, é num ambiente de primazia absoluta da pena de prisão no quadro das reacções ao crime e de cautela generalizada dos legisladores nacionais em face de mecanismos alternativos que se impõem as penas de substituição, ao mesmo tempo que se afirma o ideário do recurso à pena privativa da liberdade apenas enquanto reacção de *ultima ratio* e se atribui às penas de substituição o carácter de regra<sup>123</sup>. O objectivo destas «novas penas», que parece resultar bastante simples mas nem por isso menos significativo, revelava-se ser o de evitar a dessocialização do agente, bem como de todos os efeitos colaterais contraproducentes associados à pena preventiva da liberdade<sup>124</sup>.

Portanto, formada a convicção da inaptidão das sanções de curta duração, com o intuito de combater a patente e demonstrada danosidade da prisão, nos vários ordenamentos jurídico-penais passavam a consagrar-se alternativas

Código Penal de 2007”, *ob. cit.*, pp. 144-145; e ainda GONÇALVES, Jorge Baptista, “A revisão do Código Penal: Alterações ao sistema sancionatório relativo às pessoas singulares”, in *Revista do CEJ*, n.º 8 (especial), *Jornadas sobre a revisão do Código Penal: Estudos*, 2008, p. 16.

<sup>123</sup> Veja-se PALAZZO, Francesco, “Le pene sostitutive...”, *ob. cit.*, pp. 840 ss.

<sup>124</sup> Cfr. PALAZZO, Francesco, “Le pene sostitutive...”, *ob. cit.*, p. 841.

variadas<sup>125</sup>, a que o panorama nacional não foi naturalmente excepção, numa firmeza habilmente reforçada em 2007.

## 2. A pena de suspensão da execução da pena de prisão

### 2.1. Breve percurso histórico-evolutivo

É agora chegado o momento de olharmos aquela que é considerada “a mais importante das penas de substituição”<sup>126</sup>, plenamente integrada nessa congregação de medidas aplicadas em vez da pena principal e inseridas numa óptica de contenção e de minimização da aplicação das penas curtas de prisão (e também médias), numa aposta firmemente reflectida no nosso Código Penal<sup>127</sup>.

Ora começámos por reconhecer que se trata do mais relevante *espécimen* de penas substitutivas, sendo isso explicado com base em dois considerandos capitais: por ser a que possui o mais largo âmbito de aplicação de entre aquelas medidas legalmente consagradas – podendo ser aplicada em substituição de pena não superior a 5 anos<sup>128</sup> – e, por outro lado, por ser a pena de substituição a que os tribunais portugueses recorrem com maior frequência<sup>129-130</sup>.

<sup>125</sup> Cf. MARINUCCI, Giorgio / DOLCINI, Emilio, *Manuale di Diritto Penale*, ob. cit., p. 569; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal...*, ob. cit., p. 559; Em particular, sobre a introdução das penas substitutivas no ordenamento italiano veja-se MUSCO, Enzo, “La riforma del sistema sanzionatorio”, in *Diritto Penale in Trasformazione*, Milano: Giuffrè, 1985, pp. 409 ss; FIANDACA, Giovanni / MUSCO, Enzo, *Diritto penale: Parte generale*, Bologna: Zanichelli Editore, 1995, pp. 674 ss; PALAZZO, Francesco, “A evolução do sistema sancionatório em Itália”, in *RPCC*, A. 6, 1996, pp. 54 ss.

<sup>126</sup> Assim, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, Parte Geral II: As Consequências Jurídicas do Crime*, ob. cit., pp. 327 ss.

<sup>127</sup> Veja-se LEITE, André Lamas, “A suspensão da execução da pena privativa de liberdade sob pretexto da revisão de 2007 do Código Penal”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 584 ss.

<sup>128</sup> Cfr. o art. 50.º/1 do CP.

<sup>129</sup> A pena suspensa é largamente, de resto, a medida de substituição a que mais frequentemente recorrem os tribunais, representando, pelo menos já desde a década de noventa, a “grande fatia” das penas de substituição aplicadas pelos juízes portugueses em processos-crime, como bem se demonstra, analisando-se ao pormenor a realidade nacional em termos das sanções penais aplicadas às pessoas singulares nas últimas décadas, em estudo

A figura, então designada de «*sursis*» – que aparece originalmente delineada no projecto francês de Bérenger de 1884 e que viria, desde logo, a merecer a consagração na legislação belga em 1888 e posteriormente em França em 1891<sup>131</sup> –, surge, pela primeira vez, em Portugal em 1893<sup>132</sup>. É, pois, através da Lei de 6 de Julho de 1893<sup>133</sup>, que o legislador nacional adopta o «*modelo franco-belga*» da condenação condicional, reputado de “verdadeiramente genial” por Eduardo Correia<sup>134</sup>.

Pordetrás desta construção residia o pensamento fundamental da necessidade de preservar os agentes criminosos das penas de prisão de curta duração, em virtude dos seus múltiplos malefícios – já esmiuçados anteriormente –,

discriminado, LEITE, André Lamas, *As Penas de Substituição em Perspectiva Político-Criminal e Dogmática...*, ob. cit., pp. 55 ss, particularmente no gráfico da p. 60.

<sup>130</sup> Veja-se DIAS, Jorge de Figueiredo, “Velhas e novas questões sobre a pena de suspensão de execução da prisão”, in *RLJ*, A. 124.º, n.º 3804, 1991, pp. 65 ss.

<sup>131</sup> Cfr. GRAVEN, Philippe, “Quelques considérations sur le sursis”, in *RICPT*, Vol. XXIV, n.º 1, 1970, pp. 14 ss; JESCHECK, Hans-Heirich, “Alternativas a la pena privativa de libertad en la moderna política criminal”, in *EPC*, VIII, 1985, p. 24.

<sup>132</sup> Cfr. CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal, II*, ob. cit., p. 395; DIAS, Jorge de Figueiredo, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 97.

<sup>133</sup> Mais concretamente nos arts. 8.º a 11.º da Lei de 6 de Julho de 1893, que instituiu em Portugal, para além da suspensão da pena, também a liberdade condicional. Note-se que, na Lei de 1893, só se admitia a suspensão em relação à pena de prisão, situação que se veio a alterar com o DL n.º 29 636, de 27 de Maio de 1939, que estendeu a sua aplicação às penas de multa, incluindo-se depois também as condenações em penas de prisão e de multa com a Reforma de 1954, através do DL n.º 39 688, de 5 de Junho. Contudo, aquela que é largamente considerada como a modificação que mais profundamente transfigurou o regime nacional da suspensão teve que ver com a introdução de determinadas condições de cujo cumprimento passaria a depender a suspensão, ou melhor, com a sujeição do condenado à observância de deveres e regras de conduta, através do art. 10.º do já mencionado DL de 1939, que passou a permitir a suspensão da pena “nas mesmas condições em que pode ser concedida a liberdade condicional”. Cfr. MATTA, Caeiro da, *Direito Criminal Português*, Vol. II, Coimbra: F. França Amado, 1911, p. 13; BARREIROS, José António, “As instituições criminais em Portugal no século XIX: subsídios para a sua história”, in *Análise Social*, Vol. XVI, n.º 63, 1980, p. 602; SANTOS, José Beleza dos, “A suspensão condicional da execução da pena e os efeitos do não cumprimento das condições”, ob. cit., p. 3; DIAS, Pedro Ferreira, “Suspensão da execução da pena e perdimento de coisas ou direitos relacionados com o crime”, in *RMP*, A. 8.º, n.º 31, 1987, p. 97; PINTO, J. Roberto, “Pena Suspensa e Regime de Prova no Projecto de Código Penal”, Sep. de *Boletim da Administração Penitenciária e dos Institutos de Criminologia*, n.º 22, 1967, pp. 11 ss; e ainda, acompanhando a introdução do instituto em Portugal, OLIVEIRA, Augusto de, *Pena Suspensa*, Lisboa: Tip. da Cadeia Penitenciária, 1940, pp. 1 ss.

<sup>134</sup> CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal, II*, ob. cit., p. 395.

especialmente o perigo de contágio crimínogeno e a degradação social que estas penas infligem, desproporcional em face da sua (in)capacidade para a reeducação<sup>135</sup>. Assim, no que concerne à pequena criminalidade – portanto, no que diz respeito à esfera de actuação das penas curtas –, a simples ameaça de prisão poderia, em não escassas hipóteses, designadamente nos casos de delinquentes primários – desnecessitados de reabilitação e sob os quais a prisão teria um redobrado efeito negativo –, ser suficiente para a cabal satisfação das finalidades punitivas<sup>136\_137</sup>.

Deste modo, começou então por admitir-se a suspensão da execução das penas (essencialmente curtas) de prisão, durante determinado espaço de tempo, e, primeiramente, incluindo na jurisdição nacional, apenas em relação aos designados delinquentes primários. Se, durante o lapso temporal ordenado, o agente não praticasse qualquer crime, a sentença considerar-se-ia sem efeito, declarando-se extinta a pena que fora suspensa<sup>138</sup>. Na hipótese de, ao invés, cometer novo crime no decorrer do mesmo período, caberia ao agente

<sup>135</sup> Ideia que estaria bem patente no espírito do legislador português de 1893, seguidor confesso do arquétipo de Bérenger, e que defendia a economia da pena correccional nos casos de delinquência primária. Assim, CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal, II, ob. cit.*, p. 396. Veja-se também CORNIL, Paul, “Sursis et probation, La loi belge du 29 juin 1964”, in *RSC*, n.º 1, 1965, pp. 54 ss; GRAVEN, Philippe, “Quelques considérations sur le sursis”, *ob. cit.*, p. 15; JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Granada: Editorial Comares, 1993, p. 72.

<sup>136</sup> Nesse sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo, “Velhas e novas questões sobre a pena de suspensão de execução da prisão”, *ob. cit.*, pp. 65-66; igualmente, CID MOLINÉ, José, “La suspensión de la pena en España: descárcelación y reincidencia”, in *RDPC*, n.º 15, 2005, pp. 226-227.

<sup>137</sup> Digno de realce é, ainda, o debate histórico acerca do carácter da suspensão enquanto pena autónoma. Sobre esta discussão veja-se, especialmente, SANTOS, José Beleza dos, “A suspensão condicional da execução da pena e os efeitos do não cumprimento das condições”, *ob. cit.*, pp. 115 ss; MAURACH, Reinhart / GÖSSEL, Karl Heinz / ZIPF, Heinz, *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pp. 823 ss; KAUFMANN, Armin, “Die Strafaussetzung zur Bewährung und das Verbot der reformatio in peius”, in *JZ*, 1958, pp. 297 ss. Sob diferente perspectiva, integrando a suspensão da prisão numa categoria autónoma designada de «condenações condicionais», e para quem a finalidade da «condenação condicional» é a de não deixar um delito cometido sem sanção do Estado, por motivos de prevenção geral e especial, JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal...*, *ob. cit.*, pp. 70 ss. Hoje parecem não existir dúvidas, na jurisprudência, em considerar a suspensão da execução de uma pena uma sanção autónoma, e não mais um simples incidente ou modalidade da execução da pena, como atesta o Ac. do TRL de 21-05-2015 (processo 12517/05.6TDL5B.L1-9), disponível para consulta em <www.dgsi.pt>.

<sup>138</sup> Assim preenchendo-se as finalidades punitivas sem a exposição do agente ao espectro de toxicidade e perniciosidade da prisão. Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, “Velhas e novas questões sobre a pena de suspensão de execução da prisão”, *ob. cit.*, p. 66.

cumprir, em acumulação material, as penas respeitantes ao crime praticado anteriormente e determinante da pena suspensa e a correspondente ao crime praticado posteriormente no decorrer da suspensão<sup>139</sup>.

A introdução desta construção representaria, pois, uma viragem vital no paradigma da reacção ao crime ao mesmo tempo que encarnava o advento de uma política criminal moderna, imbuída de espírito humanista e ressocializador, já não orientada exclusivamente em volta do ideal «correctivo» da pena privativa da liberdade. Mais do que um «perdão», tratava-se de uma arma preventiva contra a reincidência, visando resguardar os delinquentes de um desnecessário encontro carcerário com a «escola do crime»<sup>140</sup>.

Entretanto, o instituto da «*sursis*» continental do tipo franco-belga viria, naturalmente, a sofrer consecutivos e decisivos desenvolvimentos e transfigurações em muitos ordenamentos, desde esse estágio inicial até à figura que hoje conhecemos da suspensão de execução da pena – e principalmente àquela que se encontra plasmada no nosso Código Penal –, processados, fundamentalmente, no sentido de alargar o seu raio de acção, limitado na arquitectura de Bérenger aos delinquentes primários e desprovido de qualquer forma de supervisão, direcção ou assistência<sup>141</sup>. Por conseguinte, acabaria por ser precisamente a partir da segunda das insuficiências apontadas que nasceria a ideia de temperar a *sursis* com as influências anglo-americanas da *probation* – edificada em torno da figura do «*probation officer*»<sup>142</sup> –, ao

<sup>139</sup> Continuamos a acompanhar, CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal, II, ob. cit.*, p. 396.

<sup>140</sup> GRAVEN, Philippe, “Quelques considérations sur le sursis”, *ob. cit.*, p. 15.

<sup>141</sup> Cfr. CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal, II, ob. cit.*, pp. 397 ss; ainda COSTA, Gonçalves da, “Suspensão da execução da pena e regime de prova”, *ob. cit.*, p. 27.

<sup>142</sup> Para um excursus pelas origens desta figura – nascida a partir da influência preponderante de John Augustus, em Boston no século XIX, e transposta para a legislação americana em 1878 – e sua caracterização, veja-se CORNIL, Paul, “Sursis et probation, La loi belge du 29 juin 1964”, *ob. cit.*, pp. 51 ss; MARX, Yvonne, “La probation, état actuel et aspects sociaux”, in *RPDP*, A. 79.º, 1955, pp. 729 ss; CHORÃO, Mário Bigotte, “«Probation», Alguns aspectos jurídicos, criminológicos e sociais”, in *BFD*, Vol. XII, 1960, pp. 227 ss. De resto, as condições impostas ao condenado, ou os deveres e regras de conduta, acompanhadas do apoio e supervisão do «*probation officer*», são a marca distintiva do regime da *probation* e o que a distancia profundamente da «*sursis*» simples, tal-qual fora primeiramente desenhada por Bérenger e que se alicerça unicamente no efeito intimidativo da ameaça da pena privativa da liberdade, contendo uma vocação mais preventivo-intimidativa. Na *probation*, por sua vez, tem-se em vista o tratamento do agente, valorizando-se a acção recuperadora e reeducadora que o acompanhamento fornecido ao agente realiza. Outra diferença – para além do consentimento

juntar-se ao efeito intimidativo da ameaça de prisão a imposição ao agente de um conjunto de deveres e regras de conduta<sup>143-144</sup>. Assim visando-se a reparação dos danos originados pelo crime e, simultaneamente, a socialização do agente, sem se deixar de promover o seu acompanhamento e vigilância por profissionais especializados durante a fase de suspensão, acabava por potenciar-se imensamente as virtualidades deste instituto, já não desprezado ao mero efeito intimidativo da ameaça de prisão mas igualmente preocupado com a efectiva ressocialização do agente<sup>145-146</sup>.

do condenado, que é exigido para a aplicação da figura anglo-americana – assenta no facto de esta ser aplicada antes da prolação da condenação, bastando uma declaração judicial de culpabilidade e suspendendo-se a condenação, enquanto que a *sursis* é aplicada na própria decisão condenatória, atingindo-se a fase de fixação da medida da pena correspondente ao crime praticado. Assim, CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal, II, ob. cit.*, pp. 400 ss; cfr. também LEITE, André Lamas, “A suspensão da execução da pena privativa de liberdade sob pretexto...”, *ob. cit.*, pp. 588 ss. Não parece incorrecto, à vista do que vem sendo enunciado, equiparar, pelo menos em traços gerais, a *probation* à suspensão da execução com regime de prova. Nesse sentido, por exemplo, DIAS, Pedro Ferreira, “Suspensão da execução da pena...”, *ob. cit.*, p. 100.

<sup>143</sup> Que poderiam consubstanciar-se na não frequência de determinados meios ou lugares, na residência ou não residência em certas regiões, em deveres de boa conduta ou no não exercício de determinados cargos, entre outras hipóteses. Cfr. SANTOS, José Beleza dos, “A suspensão condicional da execução da pena e os efeitos do não cumprimento das condições”, *ob. cit.*, p. 3.

<sup>144</sup> Defendendo a inclusão, no modelo italiano da «*sospensione condizionale della pena*» – que despontava neste ordenamento como “seca” (cfr. DOLCINI, Emilio, “Sui rapporti tra sospensione condizionale della pena, pena pecuniaria e pene accessorie, A proposito di una riforma in gestazione nell’ordinamento italiano”, in *BFD*, Vol. LXXVI, 2000, p. 62) –, de medidas de assistência e de controlo, visando a reinserção social dos condenados, CONCAS, Luigi, “La sospensione condizionale della pena dopo la legge 24 Novembre 1981 n. 689”, in *SEG*, Vol. L, 1982-1983, pp. 95 ss. Ainda, no mesmo âmbito, FINI, Giorgio / ZANNOTTI, Roberto, “Sospensione condizionale e sanzioni sostitutive”, in *Rivista Penale: rivista mensile di dottrina, giurisprudenza e legislazione*, 1984, pp. 737 ss; PALAZZO, Francesco, “Analisi empiriche ed indicazioni di riforma in materia di sanzioni sostitutive *ex officio*”, in *RIDPP*, A. XXIX, 1986, pp. 681 ss; acompanhando a evolução da disciplina desta figura no sistema italiano, DOLCINI, Emilio, “Ancora una riforma della sospensione condizionale della pena?”, in *RIDPP*, A. XXVIII, 1985, pp. 1012 ss; e, finalmente, VASSALLI, Giuliano, “Il disegno di legge sulla sospensione condizionale della pena e sulle sanzioni sostitutive”, in *RIDPP*, A. XXVIII, 1985, pp. 1071 ss.

<sup>145</sup> Nesse mesmo sentido, associando a aumento da eficácia da *sursis* à imposição acessória de obrigações ao condenado, JESCHECK, Hans-Heinrich, “L’utilisation en pratique des sanctions nouvelles du droit pénal allemand”, in *RSC*, n.º 1, 1979, p. 516.

<sup>146</sup> Modificação que foi introduzida na nossa legislação pelo DL de 1939, como referido supra. Vide SANTOS, José Beleza dos, “A suspensão condicional da execução da pena e os efeitos do não cumprimento das condições”, *ob. cit.*, p. 3.

Concebido o “«*modelo continental*» da *suspensão da pena para prova*”<sup>147</sup>, fortemente inspirado quer pela *sursis* franco-belga tradicional quer pela *probation* anglo-americana, não restam hoje dúvidas de que a actual suspensão da execução da pena de prisão absorve o seu fundamento na convergência destas duas marcantes instituições<sup>148</sup>.

## 2.2. Caracterização e intuito político-criminal

Postas as coisas em linhas gerais, vemos então que não será incorrecto afirmar que a forma de actuação da suspensão se tem baseado, desde os seus primórdios, na substituição da pena pela coacção que incorpora a ameaça da sua execução, susceptível de ser activada quando o agente reincida ou, no caso da suspensão condicionada a deveres ou regras de conduta, quando essas condições impostas ao condenado não sejam por ele cumpridas<sup>149</sup>.

Esta instituição – hoje equivalente a um modelo moderno da tradicional «*sursis*» continental –, correspondente, em termos gerais, a uma pena que embora sendo efectivamente pronunciada pelo tribunal não chega a ser cumprida, suspendendo-se a sua execução por se entender que a mera censura do facto e a ameaça de prisão bastarão para arredar o agente da criminalidade e satisfazer, simultaneamente, as necessidades punitivas, carrega a virtude inegável de permitir uma ressocialização extramuros, ao ser dada ao condenado a oportunidade de se reabilitar em liberdade<sup>150</sup>, sem com isso desconsiderar as exigências preventivas<sup>151</sup>.

<sup>147</sup> Assim designado, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português...*, *ob. cit.*, p. 339.

<sup>148</sup> Cfr. LEITE, André Lamas, “A suspensão da execução da pena privativa de liberdade sob pretexto...”, *ob. cit.*, p. 586.

<sup>149</sup> Cfr. SANTOS, José Beleza dos, “A suspensão condicional da execução da pena e os efeitos do não cumprimento das condições”, *ob. cit.*, p. 115.

<sup>150</sup> Vide LACKNER, Karl, “Die Strafaussetzung zur Bewährung und die bedingte Entlassung”, in JZ, 1953, pp. 428 ss.

<sup>151</sup> Cfr. LEAL-HENRIQUES, Manuel / SANTOS, Manuel Simas, *Código Penal Anotado, I Vol.*, Lisboa: Rei dos Livros, 2002, p. 639; RODRIGUES, Anabela Miranda, “As sanções penais clássicas e alternativas na legislação portuguesa”, *ob. cit.*, p. 134.

Talvez em razão da leviandade de que certas vezes tem sido acusado este instituto<sup>152</sup>, já Beleza dos Santos nos explicava que só nas hipóteses de criminalidade pouco grave se deveria dar emprego a esta sanção, na medida em que só nesse conjunto de casos se justificaria a redução verificada do efeito preventivo-geral em nome da amplificação das preocupações preventivo-especiais – sobretudo com a reincidência –, acabando, por isso mesmo, por interceder pela circunscrição do seu âmbito de aplicação aos delinquentes sem passado criminoso e condenados por infracções de menor magnitude<sup>153</sup>.

Apresentando-se, então, como uma medida de excepcional “conteúdo pedagógico e reeducativo”, particularmente quando acompanhada do cumprimento de deveres ou de regras de conduta, ou quando complementada com regime de prova, e nascida como um instrumento clássico de excelência na luta contra a aplicação de penas de prisão de curta duração e consequentes prejuízos<sup>154</sup>, era vista por Jescheck como um meio multifacetado de reacção ao crime, conjugando várias dimensões ao encarnar, concomitantemente, uma pena – pressupondo uma condenação a uma pena cuja execução é suspensa –, um meio de correcção – especialmente quando escoltado por certos deveres –, uma medida de apoio social – quando acompanhado de regras de conduta que afectam o comportamento futuro do agente – e oferecendo ainda uma faceta sociopedagógica activa – enquanto estímulo para que o agente se concentre na sua recuperação<sup>155</sup>.

Posto isto, temos que – como já se deixou antever –, desde cedo se vem apontando a ideia de preservação dos condenados relativamente aos efeitos

<sup>152</sup> Por exemplo, JAGUSCH, Heinrich, “Über die Strafaussetzung zur Bewährung (§§ 23-25 StGB)”, in *JZ*, 1953, p. 689; CID MOLINÉ, José, “La suspensión de la pena en España: descárcelación y reincidencia”, *ob. cit.*, pp. 223-224.

<sup>153</sup> SANTOS, José Beleza dos, “A suspensão condicional da execução da pena e os efeitos do não cumprimento das condições”, *ob. cit.*, p. 115. Ressalvando os efeitos ao nível da prevenção geral que a declaração judicial de culpabilidade e a pronúncia de pena comportam, JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal...*, *ob. cit.*, p. 72.

<sup>154</sup> Assim, DIAS, Pedro Ferreira, “Suspensão da execução da pena...”, *ob. cit.*, p. 98; SANTOS, Manuel Simas / LEAL-HENRIQUES, Manuel, *Noções Elementares de Direito Penal*, *ob. cit.*, p. 193; GONÇALVES, Manuel Maia, *Código Penal Português, Anotado e comentado, Legislação complementar*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 214; RODRIGUES, Anabela Miranda, “As sanções penais clássicas e alternativas na legislação portuguesa”, *ob. cit.*, p. 133; ainda, em idêntico sentido, sob o ponto de vista italiano, MARINUCCI, Giorgio / DOLCINI, Emilio, *Manuale di Diritto Penale*, *ob. cit.*, p. 634.

<sup>155</sup> Vide JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal...*, *ob. cit.*, pp. 758 ss.

deletérios e criminógenos das penas (essencialmente curtas, mas também médias) de prisão enquanto baluarte histórico e político-criminal do mecanismo da suspensão, tornando-se agora inequívoco e manifesto o intuito político-criminal que domina o instituto da suspensão da execução da pena: o afastamento dos agentes da criminalidade<sup>156</sup>. O que essencialmente se pretende, pois, com a suspensão, através da ameaça da privação da liberdade e da conservação dos agentes desse meio corruptor por excelência que constitui a prisão, é evitar a prática de novos actos criminosos ou o regresso à vida delinquente.

Assim sendo, vemos que o fim último da pena suspensa nada tem que ver directamente com intuitos correctivos ou com questões de metanóia, mas antes com a salvaguarda dos indivíduos, com a intenção de evitar que eles tornem a cometer crimes, actuando a ameaça da prisão como um estímulo para os afastar da delinquência<sup>157</sup>. Em suma, são vectores de socialização e de prevenção da reincidência que justificam fundadamente a opção pela suspensão da execução da pena, processo que resulta naturalmente catalisado e potenciado quando condicionado pela imposição de deveres, regras de conduta ou escoltado pelo regime de prova<sup>158</sup>.

### 2.3. A suspensão à luz da codificação penal vigente

Hoje presente no Código Penal – confessadamente seguidista de um modelo punitivo em que a execução da pena de prisão, para além de servir a tutela da sociedade e de estar voltado para a prevenção da prática de crimes, se orienta fundamentalmente no sentido da reintegração social do recluso e da sua

<sup>156</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, “Velhas e novas questões sobre a pena de suspensão de execução da prisão”, *ob. cit.*, p. 68. Veja-se ainda PRETO, José Manso, “Algumas considerações sobre a suspensão condicional da pena”, in *Textos: Centro de Estudo Judiciários*, Lisboa: CEJ, Vol. 1, 1990-91, pp. 173 ss.

<sup>157</sup> Assim, SANTOS, José Beleza dos, “A suspensão condicional da execução da pena e os efeitos do não cumprimento das condições”, *ob. cit.*, pp. 114 ss; igualmente, DIAS, Jorge de Figueiredo, “Velhas e novas questões sobre a pena de suspensão de execução da prisão”, *ob. cit.*, p. 68.

<sup>158</sup> Atribuindo-lhe ainda uma «ratio» preventivo-especial, GIUNTA, Fausto, “Sospensione condizionale della pena”, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XLIII: Sospensione – Sviluppo, Milano: Giuffrè, 1990, pp. 91 ss.

reinserção na vida comunitária<sup>159</sup> – encontra-se uma figura já bem distante da *sursis* ancestral, outrora consagrada nos ordenamentos francês e belga, ainda que todavia sejam indiscutíveis as influências provenientes, além da construção de Bérenger, da *probation* típica dos direitos americano e inglês.<sup>160</sup>

Desde logo, o primeiro traço a ressaltar à vista na disciplina da suspensão da execução da pena de prisão – prevista nas suas diversas formas nos artigos 50.º a 57.º do Código Penal<sup>161</sup> –, prende-se com o seu âmbito de aplicação, susceptível de abarcar todas e quaisquer penas de prisão aplicadas em medida não superior a 5 anos, havendo um *poder-dever*<sup>162</sup> do tribunal suspender a execução das penas enquadradas nesse limite, quando “atendendo à

<sup>159</sup> Veja-se o disposto no art. 42.º, número 1, no que concerne à disciplina da execução da pena de prisão.

<sup>160</sup> Nesse sentido, LEITE, André Lamas, “A suspensão da execução da pena privativa de liberdade sob pretexto...”, *ob. cit.*, p. 586.

<sup>161</sup> Fonte influente do nosso art. 50.º é o §56 do *Strafgesetzbuch* alemão (*StGB*) e a figura da «*Strafaußsetzung zur Bewährung*» – regulada no §56 e seguintes do *StGB* – correspondente à nossa suspensão e igualmente virada para a prevenção da reincidência, muito embora de âmbito aplicativo mais apertado pois que se encontra prevista apenas para as penas de prisão não superiores a 1 ano (§56, 1, do *StGB*), e em circunstâncias especiais até 2 anos (§56, 2, do *StGB*), havendo ainda exigências acrescidas relativamente às penas de prisão iguais ou superiores a 6 meses que não deverão ser suspensas quando a defesa da ordem jurídica assim o requeira (§56, 3, do *StGB*), em contraste acentuado com o modelo português, que abarca todas as penas de prisão não superiores a 5 anos, *vide* ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 305; e, ainda, LEITE, André Lamas, “A suspensão da execução da pena privativa de liberdade sob pretexto...”, *ob. cit.*, p. 604. Sobre a incorporação desta figura no ordenamento alemão, JAGUSCH, Heinrich, “Über die Strafaussetzung zur Bewährung (§§ 23-25 StGB)”, *ob. cit.*, pp. 688 ss. Nesta órbita, também, RODRIGUES, Anabela Miranda, “Sistema punitivo português...”, *ob. cit.*, p. 35.

<sup>162</sup> Trata-se pois de um poder vinculado do julgador, que terá de declarar a suspensão sempre que se verifiquem os seus pressupostos, na modalidade que considerar mais conveniente a adequada à realização das finalidades punitivas. Nestes termos, GONÇALVES, Manuel Maia, *Código Penal Português...*, *ob. cit.*, p. 215. Já anteriormente à formulação vigente – que não parece deixar dúvidas quanto a este carácter ao dispor, no art. 50.º/1, que “o tribunal *suspende* a execução da pena de prisão aplicada em medida não superior a cinco anos se (...)” –, quando constava na lei que o “tribunal *pode* suspender a execução da pena (...)” (sublinhado nosso), Figueiredo Dias defendia tratar-se não de uma faculdade, como poderia dar a entender a letra da lei, mas de um verdadeiro *poder-dever*. Assim, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português...*, *ob. cit.*, pp. 341-342; *vide*, ainda, PEREIRA, Victor de Sá / LAFAYETTE, Alexandre, *Código Penal: Anotado e Comentado, Legislação conexa e complementar*, Lisboa: Quid Juris, 2014, p. 198 ss.

personalidade do agente, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste, [se] concluir que a simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição”<sup>163</sup>. Daqui resultando então ser, na redacção dada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, pressuposto formal da aplicação da suspensão a condenação do agente em pena de prisão<sup>164</sup> até 5 anos, sendo portanto declarada a suspensão no caso de preenchimento das restantes condições<sup>165-166</sup>.

<sup>163</sup> Veja-se o art. 50.º, número 1, do CP. Em trabalho recentíssimo, André Lamas Leite vem apontar interessantemente a hipótese de os critérios a que o julgador deve atender nos termos do art. 50.º/1, em virtude do “papel matricial da pena suspensa em todo o problema das sanções substitutivas”, deverem ser tidos em conta em relação a todas as penas de substituição, chegando mesmo a integrá-los numa proposta de critério geral de aplicação das penas de substituição. Veja-se LEITE, André Lamas, *As Penas de Substituição em Perspectiva Político-Criminal e Dogmática...*, *ob. cit.*, pp. 389 ss e 658 ss.

<sup>164</sup> A hipótese de suspensão da pena de prisão, com ou sem multa, bem como a suspensão da pena de multa, foi suprimida com a Reforma de 1995. Sobre isso ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal...*, *ob. cit.*, p. 305; a propósito do projecto, COSTA, José Gonçalves da, “A parte geral no projecto de reforma do Código Penal português”, in *RPCC*, A. 3, 1993, pp. 350 ss. Cfr. o art. 48.º, na redacção anterior ao DL n.º 48/95 de 15 de Março.

<sup>165</sup> A propósito do raio de acção previsto no CP para suspensão – como temos visto, susceptível de aplicação a todas as penas de prisão até 5 anos, resultado da Revisão de 2007 do Código Penal, promovida pela já referida Lei n.º 59/2007 –, notamos que se trata do mais largo espaço de aplicação deste mecanismo, de entre os sistemas que comungam da nossa cultura jurídica ou que se aproximam dela, só encontrando paralelo no caso francês que, no art. 132-31 do *Code pénal*, inserido no capítulo dedicado ao regime das penas, a respeito da «*sursis*» simples, estabelece o mesmo limite de pena de prisão até 5 anos, ainda que admita o seu emprego também nos casos de condenações a outros tipos de sanção para lá da privativa da liberdade, contrariamente ao que sucede no regime nacional. Na legislação espanhola e no referente à «*suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad*» a regra é a de estar limitada às penas não superiores a 2 anos (art. 80, número 1 do CP espanhol), tal como sucede em Itália para a «*sospensione condizionale della pena*» (art. 163 do CP italiano), limite que pode, no entanto, elevar-se para os 3 anos, se se tratar de menor de 18 anos, e para 2 anos e 6 meses, se tiver entre 18 e 21 anos ou mais de 70, admitindo-se ainda, neste ordenamento, a suspensão da pena de multa. Quanto ao modelo alemão, já tivemos oportunidade de observar que permite a aplicação, em regra, às penas não superiores a 1 ano e, em, determinadas condições, até 2 anos (§56 do *StGB*). Finalmente, no Brasil é possível a execução da pena privativa da liberdade não superior a 2 anos ser suspensa, por 2 a 4 anos, sendo o limite alargado para as penas até 4 anos, quando o condenado tenha mais de 70 anos ou razões de saúde o justifiquem (art. 77 do CP brasileiro), podendo nesta última hipótese ser a execução suspensa entre 4 e 6 anos. Sobre esta questão, LEITE, André Lamas, “A suspensão da execução da pena privativa de liberdade sob pretexto...”, *ob. cit.*, p. 604; ainda MONTEIRO, Fernando Conde, “O alargamento

Por outro lado, para além da satisfação do requisito da medida da pena, é preciso que se verifique um pressuposto material, sendo necessário que o tribunal, observando e avalizando o conjunto de circunstâncias supramencionadas, emita um juízo prognóstico favorável em relação à conduta do agente, no sentido de serem a mera censura e a ameaça da prisão, podendo ser acompanhadas ou não pela prescrição de deveres e/ou regras de conduta ou mesmo de regime de prova, suficientes para a realização das finalidades punitivas<sup>167</sup>. Por outras palavras, para que este requisito material se encontre cumprido, é preciso que haja uma adequação entre a ameaça da prisão e a simples censura do facto originadas pela suspensão e as necessidades preventivas, especiais e gerais, que no caso concreto subsistam<sup>168</sup>. Torna-se indispensável pois que, após uma ponderação global conjunta acerca da personalidade do agente, das condições da sua vida, da sua conduta anterior e posterior ao crime e das circunstâncias do facto, o tribunal julgue conveniente a opção pela suspensão, de modo a afastá-lo da criminalidade e a permitir-lhe a obtenção de uma ressocialização extramuros<sup>169</sup>.

Deve referir-se ainda que decisiva para este juízo de prognose é a imagem do autor no momento da avaliação, na altura da decisão, e não aquando da prática do crime, pelo que será possível que outros factos puníveis cometidos posteriormente pelo mesmo agente sejam tidos em conta, podendo influenciar desfavoravelmente esta apreciação, tal como podem relevar positivamente circunstâncias específicas da prática do facto que já tenham sido favoravelmente valoradas aquando da medida da pena, sem com isso se ferir a proibição da dupla valoração<sup>170</sup>.

do âmbito de aplicação da suspensão da execução da pena de prisão na *Reforma do Sistema Penal de 2007*", *ob. cit.*, p. 505.

<sup>166</sup> Em tom de crítica a este alargamento, sobretudo em termos de um eventual ressentimento da prevenção geral de integração, LEITE, André Lamas, "A suspensão da execução da pena privativa de liberdade sob pretexto...", *ob. cit.*, p. 604.

<sup>167</sup> Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português...*, *ob. cit.*, pp. 342 ss.

<sup>168</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal...*, *ob. cit.*, p. 305.

<sup>169</sup> SANTOS, Manuel Simas / LEAL-HENRIQUES, Manuel, *Noções Elementares de Direito Penal*, *ob. cit.*, p. 193.

<sup>170</sup> Além de que aqui não têm relevância questões de "moralidade", mas sim de "legalidade", pelo que não se deve esperar uma modificação do comportamento do agente em termos das suas concepções da sociedade, mas apenas que ele não reincida, sem olvidar a imprescindível satisfação das necessidades preventivas. Assim, lembrando também que, pelo que vem

Depois, pese embora os modelos originários só admitissem a suspensão em relação aos delinquentes primários, isto é, sem antecedentes criminais – condição que ainda hoje colhe consagração em alguns ordenamentos modernos –, hoje nada obsta a que estenda a sua aplicação a agentes condenados anteriormente, não funcionando essa condenação prévia à prática dos factos como elemento, *per si*, excludente do recurso à suspensão, ainda que, nessas situações, se mostre mais duvidoso um prognóstico favorável, na medida em que também esses factos devam ser tidos em consideração em sede dessa avaliação, carecendo a concessão da suspensão, nessas hipóteses, de uma especial fundamentação<sup>171</sup>.

Quanto às formas de actuação que a suspensão pode assumir, à luz do ordenamento jurídico-penal nacional, já se indicou que pode executar-se sob diversas modalidades, sempre que o tribunal o julgar pertinente e apropriado para o cumprimento das finalidades punitivas, em sintonia com o art. 50.º/2 do CP. Desde logo, podendo ser simples, quando a única condição para a não execução da pena seja o não cometimento de qualquer crime durante o período da suspensão<sup>172</sup> – que, de resto, tem duração igual à da pena de prisão que seja determinada na sentença, mas nunca inferior a 1 ano, a contar do trânsito em julgado da decisão<sup>173</sup> –, limitando-se o tribunal a verificar os pressupostos legais desta medida e a fixar então a suspensão da execução da pena, numa decisão que tem, naturalmente, de ser sempre devidamente fundamentada<sup>174</sup><sup>175</sup>.

sido argumentado, não se pode excluir *a priori* a suspensão nas hipóteses de agentes «por convicção», MAURACH, Reinhart / GÖSSEL, Karl Heinz / ZIPF, Heinz, *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pp. 825 ss; DIAS, Jorge de Figueiredo, “Velhas e novas questões sobre a pena de suspensão de execução da prisão”, *ob. cit.*, pp. 68 ss.

<sup>171</sup> Nesse sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo, “Velhas e novas questões sobre a pena de suspensão de execução da prisão”, *ob. cit.*, p. 69.

<sup>172</sup> Quando o agente, a quem foi aplicada suspensão da execução da pena, cometa novo crime pelo qual venha a ser condenado, no decorrer daquele período, demonstrando-se que as finalidades que estiveram na base da suspensão não foram por ela alcançadas, a consequência poderá passar pela revogação desta (nos termos do art. 56.º/1, alínea b), do CP), determinando-se consequentemente o cumprimento da pena de prisão fixada na sentença, sem possibilidades de restituição das prestações que o condenado já tenha efectuado (art. 56.º/2 do CP).

<sup>173</sup> Veja-se o art. 50.º/5 do CP.

<sup>174</sup> De acordo com o art. 50.º/4, exige-se que a decisão condenatória contenha os fundamentos específicos da suspensão, bem como das suas condições. Quer isto dizer que o tribunal, na

Para além da suspensão simples, no caso de se entender ser conveniente, em função das exigências preventivas, existe a hipótese de esta ser subordinada ao cumprimento de deveres<sup>176</sup>, à observância de regras de conduta<sup>177</sup>, cumulativamente a deveres e a regras de conduta<sup>178</sup>, ou acompanhada de regime de prova<sup>179</sup>.

Na suspensão subordinada ao cumprimento de deveres – regulada no art. 51.º do CP<sup>180</sup> –, visando-se dar a oportunidade ao condenado de reparar o mal originado pelo crime, são impostos, em regra, deveres de natureza económica, dirigidos ora ao lesado ora a entidades de interesse público, podendo estes consubstanciar-se no pagamento de indemnização ao lesado, em dar-lhe a satisfação moral adequada, ou na entrega de certa contribuição monetária a instituições de solidariedade social ou ao Estado (art. 51.º/1, do CP)<sup>181</sup>. Contudo, deve notar-se que os deveres impostos não podem, em caso algum, representar para o condenado obrigações cujo cumprimento não seja

presença de um crime em relação ao qual comina uma pena não superior a 5 anos de prisão, terá sempre de fundamentar especificamente a decisão de concessão ou de denegação da suspensão, mormente no que respeita ao juízo de prognose (favorável ou desfavorável), em termos da realização das finalidades punitivas. Veja-se DIAS, Jorge de Figueiredo, “Vellas e novas questões sobre a pena de suspensão de execução da prisão”, *ob. cit.*, pp. 97 ss. A este propósito, o Tribunal Constitucional já julgou inconstitucional o art. 50.º/1, quando interpretado no sentido de não impor a fundamentação da decisão de não suspensão da execução da pena de prisão, por violação do art. 205.º/1 da CRP, relativo ao dever de os tribunais fundamentarem as suas decisões de acordo com o previsto na lei, no Ac. n.º 61/2006 (processo n.º 442/05), disponível em <www.tribunalconstitucional.pt>, na linha do que já decidira o STJ, por exemplo, no Ac. de 27-06-2001 (processo 01P767) ou no Ac. de 19-04-2007 (processo 07P1424), consultáveis em <www.dgsi.pt>. Neste âmbito, cfr. ANTUNES, Maria João, *Consequências Jurídicas do Crime*, *ob. cit.*, p. 71.

<sup>175</sup> Veja-se GONÇALVES, Manuel Maia, *Código Penal Português...*, *ob. cit.*, p. 215.

<sup>176</sup> Arts. 50.º/2 e 51.º do CP.

<sup>177</sup> Arts. 50.º/2 e 52.º do CP.

<sup>178</sup> Art. 50.º/3.

<sup>179</sup> Arts. 50.º/2 e 53.º do CP.

<sup>180</sup> Disposição em tudo idêntica ao §56b do StGB alemão (*Auflagen*).

<sup>181</sup> Cfr. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal...*, *ob. cit.*, p. 308. Salvaguardando, ainda, o carácter meramente exemplificativo da lista de deveres enunciada nas alíneas do número 1, do art. 51.º, que abrangerão, entre outras, as próprias regras de conduta enumeradas no art. 52.º, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português...*, *ob. cit.*, p. 348; SANTOS, Manuel Simas / LEAL-HENRIQUES, Manuel, *Noções Elementares de Direito Penal*, *ob. cit.*, pp. 195 ss; PEREIRA, Victor de Sá / LAFAYETTE, Alexandre, *Código Penal...*, *ob. cit.*, p. 202.

razoavelmente de exigir (art. 51.º/2, do CP<sup>182</sup>), podendo ser modificados até ao termo da suspensão em função de ocorrências supervenientes de relevo ou do conhecimento posterior do tribunal de circunstâncias pré-existentes (art. 51.º/3<sup>183</sup>), e havendo ainda a possibilidade de o tribunal determinar o apoio e fiscalização do condenado pelos serviços de reinserção social, de modo a que o cumprimento dos deveres impostos seja supervisionado (art. 51.º/4<sup>184</sup>).

Já no tocante ao regime legalmente estabelecido para a suspensão condicionada à observância de regras de conduta (disciplinada no art. 52.º<sup>185</sup>), o objectivo subjacente prende-se com a promoção da ressocialização do condenado<sup>186</sup>, com a sua reintegração social, pelo que por detrás da imposição deste regime haverá sempre uma consideração em termos das necessidades preventivas especiais de socialização do agente<sup>187</sup>. De acordo com a sua disciplina, podem estas regras de conduta, de conteúdo positivo ou negativo, revestir a forma de obrigação de residir em determinado lugar, de frequentar determinados programas ou actividades, de cumprimento de determinadas obrigações, ou, por seu turno, consubstanciar-se no não exercício de certas profissões, na não frequência de determinados meios ou lugares, na não residência em certas regiões ou lugares, no não acompanhamento de determinadas pessoas, na não frequência de certas associações ou reuniões, ou, finalmente, em não ter o agente em seu poder determinados objectos

<sup>182</sup> Este normativo consagra um princípio da razoabilidade, a que fica submetida a imposição de deveres, devendo o julgador avaliar a possibilidade do agente cumprir os deveres designados. Vide, nesse sentido, GONÇALVES, Manuel Maia, *Código Penal Português...*, ob. cit., p. 221.

<sup>183</sup> A consagração de um princípio de modificabilidade dos deveres impostos prende-se com a intenção de dotar o regime de maleabilidade. Assim, GONÇALVES, Manuel Maia, *Código Penal Português...*, ob. cit., pp. 221 ss.

<sup>184</sup> Segmento introduzido pela Reforma de 2007.

<sup>185</sup> Disposição análoga ao §56c do StGB alemão (*Weisungen*).

<sup>186</sup> Parece pois que a diferença substancial existente entre os deveres e as regras de conduta se subsume à desigualdade de propósitos fundamentais, espelhada na própria letra da lei ao destinar os deveres, essencialmente, à reparação do mal do crime e as regras de conduta, primordialmente, à promoção da reintegração do delinquente na sociedade, ainda que os primeiros o possam visar indirectamente. Nesse sentido, LEAL-HENRIQUES, Manuel / SANTOS, Manuel Simas, *Código Penal Anotado*, ob. cit., p. 641.

<sup>187</sup> Vide ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal...*, ob. cit., p. 311; SANTOS, Manuel Simas / LEAL-HENRIQUES, Manuel, *Noções Elementares de Direito Penal*, ob. cit., pp. 198.

capazes de facilitar a prática criminosa<sup>188</sup>. Pode ainda o condenado a que tenha sido aplicada suspensão da pena sujeita à observância de regras de conduta, ser sujeito a tratamento médico ou a cura em instituição apropriada, caso nisso consinta (art. 52.º/3), sendo ainda correspondentemente aplicável o disposto no regime da suspensão subordinada a deveres acerca da não imposição de deveres que não sejam razoavelmente de exigir ao agente – designadamente que impliquem a violação dos seus direitos fundamentais –, da possibilidade da modificação destes em determinadas circunstâncias e da intervenção dos serviços de reinserção social (art. 52.º/4)<sup>189</sup>.

Finalmente, em relação à última das modalidades previstas para a suspensão, e em consonância com o que temos vindo a referir, sabe-se já que o tribunal pode determinar que esta seja acompanhada de regime de prova, por forma a promover-se a reintegração social do indivíduo condenado (art. 53.º/1), assente num plano de reinserção social – cuja regulação se encontra estatuída no art. 54.º – executado durante o período da suspensão, com a vigilância e apoio dos serviços de reinserção social (art. 53.º/2), tendo-se optado por este juízo em termos das necessidades de prevenção especial de socialização do condenado enquanto pressuposto material da aplicação do regime de prova<sup>190</sup>.

É, por conseguinte, precisamente este plano de readaptação social<sup>191</sup>, acompanhado da especial vigilância e do apoio facultado pelos serviços de reinserção social, que constitui o elemento verdadeiramente distintivo do regime de prova em face das restantes modalidades da suspensão e que lhe confere

<sup>188</sup> De acordo com o disposto nos números 1 e 2, do art. 52.º, do nosso CP. Lista que, no entanto, tal como a que se encontra traçada para o regime dos deveres, se deve entender como meramente exemplificativa, não deixando de poder ser impostas outras regras que se destinem a promover a reintegração do condenado, desde que respeitem os limites estabelecidos no art. 51.º/2, aplicável por remissão do art. 52.º/4. Nesse sentido, GONÇALVES, Manuel Maia, *Código Penal Português...*, ob. cit., p. 225; SANTOS, Manuel Simas / LEAL-HENRIQUES, Manuel, *Noções Elementares de Direito Penal*, ob. cit., pp. 198.

<sup>189</sup> Cfr. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal...*, ob. cit., p. 311.

<sup>190</sup> Vide ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal...*, ob. cit., p. 313.

<sup>191</sup> Conjuntamente com o plano de reinserção social – onde hão-de constar os objectivos de ressocialização a atingir pelo agente, as actividades que ele deve desenvolver, o respectivo faseamento e as medidas de apoio e supervisão a serem adoptadas pela assistência de reinserção social (art. 54.º/1 do CP) – podem ainda ser impostas as injunções e regras referentes à suspensão subordinada a deveres e à condicionada a regras de conduta, ou ainda outras, nomeadamente as enunciadas nas alíneas a) a d) do art. 54.º/3.

um certo cariz educativo e pedagógico, determinante para a ressocialização do condenado e consideravelmente distante do paradigma da suspensão simples<sup>192</sup>.

De resto, esta última modalidade de suspensão<sup>193</sup> é obrigatória sempre que o condenado seja menor de 21 anos de idade à altura do facto ou quando a pena privativa da liberdade tiver sido aplicada em medida superior a 3 anos – sem que, obviamente, exceda os 5 anos, determinados enquanto pressuposto formal da aplicação da suspensão –, segundo o disposto no art. 53.º/3; devendo ser igualmente ordenada quando o agente seja condenado pela prática de crime previsto nos artigos 163.º a 176.º-A do CP, cuja vítima seja menor (53.º/4)<sup>194</sup>. Com as modificações operadas pela Lei n.º 59/2007, que estatuiu a obrigatoriedade do regime de prova nos dois primeiros casos, parece que o legislador se substituiu ao tribunal, presumindo, nas hipóteses em que o agente é menor de 21 anos à data dos factos ou quando a pena aplicada seja superior a 3 anos de prisão, as necessidades particularmente acentuadas de prevenção especial de socialização do condenado<sup>195</sup>. Ademais, não se pode

<sup>192</sup> Veja-se GONÇALVES, Manuel Maia, *Código Penal Português...*, *ob. cit.*, p. 227; RODRIGUES, Anabela Miranda, “A fase de execução das penas e medidas de segurança no direito português”, in *BMJ*, n.º 380, 1988, pp. 21 ss.

<sup>193</sup> Que encontra similitudes no §56d do *StGB* alemão e no «*Bewährungshilfe*».

<sup>194</sup> Esta última hipótese de obrigatoriedade do regime de prova foi introduzida pela recente Lei n.º 103/2015, de 24 de Agosto, e diz respeito aos crimes previstos nos artigos 163.º a 176.º-A do CP, correspondentes aos designados crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual. Assim, aquela que configura a trigésima nona alteração ao Código Penal, transpondo para a ordem jurídica interna a Directiva 2011/93/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 2011, relativa à luta contra o abuso sexual, a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil – disponível em <[www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu)> –, cria o sistema de identificação de condenados pela prática de crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual do menor, inserindo-se portanto esta alteração do regime de prova, essencialmente, numa óptica de protecção dos menores vítimas de crimes sexuais.

<sup>195</sup> Nesse sentido, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal...*, *ob. cit.*, p. 313. Por seu lado, ligando à obrigatoriedade da sujeição do regime de prova também o reforço das exigências preventivo-gerais, no tocante às situações em que a medida concreta da pena é superior aos 3 anos – e que corresponde exactamente ao “novo campo de aplicação da pena suspensa” –, pois que se trata de penas que já “vão para além de um limiar tido como de pequena gravidade”, LEITE, André Lamas, “A suspensão da execução da pena privativa de liberdade sob pretexto...”, *ob. cit.*, pp. 605 ss. Ainda, defendendo estarem em causa, nestas hipóteses de indispensabilidade de regime de prova quando a pena de prisão é aplicada em medida superior a 3 anos, exigências de prevenção geral, “em função da gravidade da pena

excluir a ideia de o condenado pertencente à faixa etária em causa – menor de 21 anos à altura do *tempus delicti*<sup>196</sup> – apresentar, em regra, maiores possibilidades de assimilação das exigências relacionadas com o “respeito normativo-penal”<sup>197</sup>.

Hoje enquadrado como uma modalidade da pena de suspensão da execução – ao invés do que sucedeu no passado, em que chegou a ser visto como uma forma autónoma de pena de substituição<sup>198</sup> – e correspondente à figura da *probation* do direito anglo-saxónico – ainda que com as devidas distâncias<sup>199</sup> –, encontra-se submetido aos mesmos pressupostos formais da suspensão<sup>200</sup>.

principal previamente determinada” e não de quaisquer necessidades preventivo-especiais, LATAS, António João, “O novo quadro sancionatório das pessoas singulares: Revisão do Código Penal de 2007”, *ob. cit.*, p. 92.

<sup>196</sup> Em contraste acentuado com a anterior idade-referência de 25 anos, existente antes da revisão de 2007. Cfr. o art. 53.º/3, na redacção anterior à Lei n.º 59/2007, numa modificação aplaudida por grande parte da doutrina. Veja-se, por exemplo, LEITE, André Lamas, “A suspensão da execução da pena privativa de liberdade sob pretexto...”, *ob. cit.*, p. 606.

<sup>197</sup> Assim, LEITE, André Lamas, “A suspensão da execução da pena privativa de liberdade sob pretexto...”, *ob. cit.*, p. 606.

<sup>198</sup> Na versão originária do Código Penal, em 1982, considerado enquanto pena de substituição autónoma, o regime de prova encarnava a introdução da *probation* no nosso sistema penal, vindo todavia a perder essa autonomia relativamente à suspensão da execução da pena com a Revisão de 1995, enquadrando-se agora como uma modalidade desta. Vide GONÇALVES, Manuel Maia, *Código Penal Português...*, *ob. cit.*, pp. 226 ss; PEREIRA, Victor de Sá / LAFAYETTE, Alexandre, *Código Penal...*, *ob. cit.*, p. 205; OLIVEIRA, Odete Maria de, “Penas de substituição”, in *Jornadas de Direito Criminal, Vol. 2, Revisão do Código Penal: Alterações ao Sistema Sancionatório e Parte Especial*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1998, pp. 96 ss. Já antes da mencionada Revisão, Figueiredo Dias criticava a solução que autonomizava o regime de prova da suspensão da execução da pena. Veja-se, desenvolvidamente, em crítica, DIAS, Jorge de Figueiredo, “Velhas e novas questões sobre a pena de suspensão de execução da prisão”, *ob. cit.*, pp. 207 ss. Antes disso, o Projecto de 1963 previa, autonomizado ao lado do regime de prova correspondente ao instituto da *probation*, a suspensão da prisão, então designada de «*sentença condicional*», com a nota distinta de não se estabelecer qualquer limite para a duração das penas susceptíveis de serem suspensas – situação que acabou por alterar-se, fixando-se o limite nos 3 anos de prisão na versão final.

<sup>199</sup> Não pode esta modalidade da suspensão da execução da pena ser confundida com uma verdadeira solução da *probation*, não obstante essa assinalável influência, na medida em que o regime anglo-saxónico se alicerça numa declaração de culpa, sem que haja lugar a qualquer determinação da medida concreta da pena, que só ocorrerá em caso de incumprimento da *probation*. Assim, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal...*, *ob. cit.*, p. 312.

<sup>200</sup> Cfr. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal...*, *ob. cit.*, p. 312 ss.

## 2.4. A hipótese de suspensão da pena de multa aplicada às pessoas colectivas: solução equacionável ou utopia intolerável? Breve abordagem

Ao longo deste excurso, temo-nos referido somente às penas de suspensão em termos da sua aplicação às pessoas singulares, e dentro destas em especial à suspensão da pena, deixando de parte o relacionamento desta temática com as pessoas colectivas. Em função do crescente interesse que a problemática da responsabilidade criminal das pessoas colectivas tem despertado, tanto no que respeita ao tratamento dogmático como no que concerne à prática jurisprudencial, parece-nos inevitável deixarmos uma breve nota em relação a elas.

Já se encontrou prevista no nosso ordenamento jurídico-penal – como mencionámos *supra* – a hipótese de suspensão da execução da pena de multa aplicada a pessoas singulares, discutindo-se hoje, por alguma doutrina, a admissibilidade da suspensão das penas aplicadas às pessoas colectivas, particularmente da pena de multa. Efectivamente, no que tange ao sancionamento legalmente previsto para as pessoas colectivas – nos arts. 90.º-A e seguintes do CP, podendo dividir-se, tal como sucede relativamente às pessoas singulares, entre três categorias de penas: as principais, as acessórias e as de substituição<sup>201</sup> –, tem sido defendida a ampliação do catálogo das penas de substituição da multa, mormente por via da introdução de uma suspensão da execução da pena de multa aplicada a título principal aos entes colectivos<sup>202</sup>.

<sup>201</sup> Assumindo as vestes de penas principais encontramos a multa e a dissolução (art. 90.º-A/1); de penas de substituição da multa, a admoestação (art. 90.º-C), a caução de boa conduta (art. 90.º-D) e a vigilância judiciária (art. 90.º-E); e de penas acessórias as constantes dos arts. 90.º-G a 90.º-M (injunção judiciária, proibição de celebrar contratos, privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos, interdição do exercício de actividade, encerramento de estabelecimento e publicidade da decisão condenatória). Cfr. BRANDÃO, Nuno, “O regime sancionatório das pessoas colectivas na revisão do Código Penal”, in *Revista do CEJ*, n.º 8 (Especial) – *Jornadas sobre a Revisão do Código Penal*, 2008, pp. 43 ss.

<sup>202</sup> Veja-se nesse sentido, principalmente, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “A Responsabilidade Criminal das Pessoas Colectivas”, in *ROA*, A. 66, 2006, pp. 645 ss.

Tal proposta parte essencialmente da convicção de que as razões que fundamentam a aplicação desta figura às pessoas singulares também neste âmbito têm cabimento. Por outras palavras, parece que, com efeito, a simples ameaça da pena de multa poderia, *de per si* ou eventualmente maximizada pelo acompanhamento de pena acessória, bastar para manter as pessoas colectivas afastadas da prática criminosa<sup>203</sup>. Defende-se que, por exemplo, nos casos em que se trate de entidades com proeminente notoriedade e que, por isso, necessitam manter a sua reputação no mercado, sob pena de se verificarem repercussões negativas ao nível de volume de negócios, bem como, por outra ordem de factores, nas hipóteses em que a própria execução da sanção possa significar a insolvência da entidade, em virtude do esforço financeiro que o seu efectivo cumprimento acarreta para a pessoa colectiva, a ameaça da sanção de multa seria, pelo menos teoricamente, suficiente para as demover do cometimento de novo crime, por desejarem manter a sua posição no mercado intacta e evitar a insolvência, respectivamente<sup>204</sup>.

Desse modo, no que respeita às infracções de pequena e média gravidade cometidas por entes colectivos, a suspensão encontrar-se-ia justificada nas hipóteses em que a mera ameaça de pena de multa permitisse a realização adequada e suficiente das finalidades punitivas, cumprindo-se os desígnios político-criminais do instituto da suspensão da execução da pena. Esta seria uma solução singularmente relevante nas situações em que as pessoas colectivas possuíssem elevada exposição social, podendo a condenação efectiva prejudicar gravemente a sua reputação no tráfico comercial, estando, nessas situações, reunidas as condições – e o incentivo – para o cumprimento escrupuloso das condicionantes da suspensão<sup>205</sup>.

Configuradas como penas substitutivas da multa, surgem, no nosso CP, a caução de boa conduta (art. 90.º-D) e a vigilância judiciária (art. 90.º-E), para além da pena de admoestação (art. 90.º-C)<sup>206</sup>. Pode, de entre estas, a

<sup>203</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “A Responsabilidade Criminal das Pessoas Colectivas”, *ob. cit.*, p. 645.

<sup>204</sup> Cfr. LEITE, André Lamas, “A suspensão da execução da pena privativa de liberdade sob pretexto...”, *ob. cit.*, p. 584.

<sup>205</sup> Assim, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “A Responsabilidade Criminal das Pessoas Colectivas”, *ob. cit.*, p. 645.

<sup>206</sup> Cfr. BRANDÃO, Nuno, “O regime sancionatório das pessoas colectivas na revisão do Código Penal”, *ob. cit.*, p. 43. Diferentemente, no DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro, relativo às infracções

vigilância judiciária assemelhar-se a uma suspensão da execução da multa, na medida em que o tribunal, em vez de aplicar a pena de multa não superior a 600 dias, decide determinar o acompanhamento da pessoa colectiva por um representante judicial, durante certo período, tendo em vista a fiscalização da actividade que determinou a condenação, sendo a pena de vigilância revogada no caso de, durante o tempo de vigilância, a entidade voltar a cometer crime pelo qual venha a ser condenada<sup>207</sup>, acabando por constituir uma espécie de *probation* para as pessoas colectivas<sup>208</sup>.

Todavia, deve dizer-se que a justificação político-criminal das penas de caução de boa conduta e de vigilância judiciária é bem distinta da justificação da suspensão da pena de multa, podendo, na opinião de Paulo Pinto de Albuquerque, persistir situações em que a entidade colectiva não está em condições de prestar caução, mas merece a suspensão da execução da multa, ou, diversamente, em que não haja necessidade de a submeter à vigilância judiciária, mas que seja de suspender a execução da multa, bem como naturalmente persistirão situações em que à pessoa colectiva deva ser efectivamente aplicada pena de multa e a caução de boa conduta ou a vigilância judiciária<sup>209</sup>.

De resto, a argumentação tendente a esta solução – que não é novidade no direito comparado, encontrando, por exemplo, consagração legal em França,

contra a economia e a saúde pública, a caução de boa conduta surge configurada como pena acessória, como se extrai dos arts. 7.º/3, 8.º/b) e 10.º/2. O mesmo sucedendo na Lei n.º 109/91, de 17 de Agosto, relativa à criminalidade informática, nos seus arts. 11.º/b) e 13.º, que entretanto foi revogada pela Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro – a designada Lei do Cibercrime. Veja-se, estranhando, por isso, a conformação da caução de boa conduta enquanto pena de substituição da multa no actual CP – tal como da vigilância judiciária –, na redacção dada pela Lei n.º 59/2007, e que resulta na limitação do âmbito aplicativo destas duas penas, na medida em que não podem ser aplicadas conjuntamente com a pena principal de multa, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “A Responsabilidade Criminal das Pessoas Colectivas”, *ob. cit.*, p. 646.

<sup>207</sup> Cfr. o art. 90.º-E, especialmente os seus números 1 e 4, do CP. Em idêntico sentido, LEITE, André Lamas, “A suspensão da execução da pena privativa de liberdade sob pretexto...”, *ob. cit.*, p. 584.

<sup>208</sup> Assim, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “A Responsabilidade Criminal das Pessoas Colectivas”, *ob. cit.*, p. 646.

<sup>209</sup> *Vide*, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “A Responsabilidade Criminal das Pessoas Colectivas”, *ob. cit.*, pp. 646 ss.

no instituto da «*sursis simple ordonné à l'égard d'une personne morale*»<sup>210</sup> –, merece recolher a nossa aceitação, parecendo-nos uma solução seguramente não intolerável, quer nas situações especialmente apontadas quer em relação a outras, para isso sendo necessariamente de adoptar um critério, por ventura, semelhante ao que se prevê na legislação francesa, no referido art. 132-30 do *Code pénal* (na segunda parte, no relativo à *sursis* aplicável às pessoas colectivas), capaz de circunscrever objectivamente a aplicação de uma tal medida.

<sup>210</sup> Veja-se o art. 132-30 do *Code pénal* francês, que permite a aplicação da *sursis* simples relativamente a pessoas colectivas que não tenham sido condenadas, nos 5 anos precedentes aos factos, por crime ou delito comum, ou multa de valor superior a 60 000 euros. Já no Canadá, encontra-se prevista a hipótese de aplicação, pelo tribunal, de condições adicionais à *probation* aplicada relativamente a uma organização, como dispõe o art. 732.1, (3.1), do CP canadiano. Cfr. LEITE, André Lamas, “A suspensão da execução da pena privativa de liberdade sob pretexto...”, *ob. cit.*, p. 584. Sobre aquele mecanismo previsto na ordem francesa, LARGUIER, Jean / CONTE, Philippe, *Droit pénal des affaires*, Paris: Armand Colin, 1998, pp. 53 ss.

## CAPÍTULO II – AS PENAS E O REGIME GERAL DAS INFRACÇÕES TRIBUTÁRIAS

### 1. O Direito Penal Tributário: singularidades de um âmbito peculiar

#### 1.1. Prelúdio pelas suas especialidades

Uma abordagem tendo em vista a temática das penas de substituição no quadro das sanções tributárias, especialmente da aplicabilidade da suspensão da execução da pena aos crimes fiscais, dificilmente se revelaria proveitosa sem um primeiro prelúdio em torno de áreas um tanto distintas das que até aqui têm sido analisadas, como são aquelas em que agora ingressamos. Serve pois o presente ponto para que nos possamos sintonizar nesta órbita jurídica, por forma a depois encarmos com maior perícia os problemas que concretamente almejamos<sup>211</sup>.

Assim, encontrando-nos num ecossistema indubitavelmente pertencente à esfera do designado *direito penal secundário*<sup>212</sup> e já não do *direito penal clássico*, torna-se verdadeiramente peremptório que procedamos a um enquadramento geral, no que respeita ao direito penal tributário<sup>213</sup>, bem como a

<sup>211</sup> Por isso, a abordagem que fazemos neste capítulo é propositadamente (e forçosamente) generalizada.

<sup>212</sup> Imprescindível é DIAS, Jorge de Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português”, in *RLJ*, n.º 3714, A. 116-117, 1983-85, pp. 263 ss.

<sup>213</sup> Nesta fase, procuraremos utilizar as expressões «*direito penal tributário*» e «*direito penal fiscal*» de forma indiscriminada, por razões de simplicidade expositiva, reportando-nos essencialmente ao universo jurídico abrangido pelo RGIT – procurando, dentro deste, naturalmente, focalizar a problemática da punição das infracções fiscais – sem, no entanto, desconhecermos o facto de, em termos técnicos ou mais estritos, nem sempre estas expressões se referirem às mesmas realidades jurídicas, na medida em que à segunda delas circunscrever-se-ão, num sentido estrito, apenas os problemas concretamente circundantes da criminalidade *fiscal* propriamente dita. Referindo-se ao sentido “mais amplo” com que por vezes é utilizada a expressão «*direito penal fiscal*» – ou equivalente como «*direito penal tributário*» –, ao abranger tal-qualmente as regras relativas às “infracções tributárias de natureza caracterizadamente criminal”, COSTA, José Manuel Cardoso da, *Curso de Direito Fiscal*, Coimbra: Livraria Almedina, 1972, pp. 90 ss, seguindo a orientação preconizada nas conclusões das *I Jornadas Luso-Hispano-Americanas de Estudos Financeiros e Fiscais*, consultáveis in *CTF*, n.º 94, 1966, na conclusão 4.<sup>a</sup>,

uma contextualização global do regime especial que directamente trata das consequências jurídicas do crime tributário, em função das suas particularizadas e peculiares vicissitudes, algumas das quais já distantes do conteúdo programático a que se encontra adstrita a disciplina comum.

Nesse sentido, a primeira observação que nesta matéria haverá a fazer prende-se inevitavelmente com essa assumida *especialidade* do direito penal tributário<sup>214, 215</sup>, que surge acompanhada da edificação de uma disciplina jurídica própria, reunida num diploma extravagante, no (infundavelmente alterado) Regime Geral das Infracções Tributárias, aprovado pela Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho<sup>216</sup>.

na p. 263. Igualmente naquele sentido, MALINVERNI, Alessandro, *Principi di Diritto Penale Tributario*, Padova: CEDAM, 1962, p. 7.

<sup>214</sup> Não nos parecendo revestir-se esta questão de capital relevância, por isso mesmo desmerecedora de suplementares desenvolvimentos da nossa parte, há no entanto quem prefira a denominação de *direito fiscal* (ou *tributário*) *penal* como forma de acentuar o carácter fiscal deste ramo especial. Sobre isso, SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Tributário (Relatório), Sobre as responsabilidades das sociedades e dos seus administradores conexas com o crime tributário (Lição de síntese)*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009, p. 35; num debate que extravasa a ordem jurídica nacional, cfr. CERNICCHIARO, Luiz Vicente, “Direito Penal Tributário – Observações de Aspectos da Teoria Geral do Direito Penal”, in *RBCC*, A. 3, Vol. 11, pp. 178 ss; SAINZ DE BUJANDA, Fernando, “En torno al concepto y al contenido del Derecho Penal Tributario”, in *ADPCP*, T. XXI, 1968, pp. 107 ss. Da mesma forma, MARTÍNEZ, Pedro Soares, *Direito Fiscal*, Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 65.

<sup>215</sup> Que pode ser definido sinteticamente como o ramo do direito penal que tem como objecto os crimes tributários. Promovendo uma «noção formal», cfr. SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Tributário...*, *ob. cit.*, pp. 33 ss. Contextualizando o fenómeno da criminalidade fiscal sobretudo em termos da ascensão histórica e social do direito penal económico, SANTOS, André Teixeira dos, *O Crime de Fraude Fiscal: Um contributo para a configuração do tipo objectivo de ilícito a partir do bem jurídico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 15 ss. Nesta matéria, MIGNOSI, Umberto, “Il diritto penaltributario è un diritto speciale?”, in *Rivista Penale: rivista mensile di dottrina, giurisprudenza e legislazione*, 1994, pp. 971 ss.

<sup>216</sup> Que conta à data de hoje, em cerca de quinze anos de vigência – tendo já ultrapassado a «infância» a que se referia Germano Marques da Silva, não deixa de ser um texto ainda em plena juventude (veja-se SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Tributário...*, *ob. cit.*, p. 17) –, com vinte e quatro alterações, a última das quais operada por via da Lei n.º 7-A/2016, de 30 de Março – a Lei do Orçamento do Estado para 2016 –, ainda que esta última alteração se tenha limitado à modificação do número 6 do art. 117.º do RGIT, referente à “*Falta ou atraso na apresentação ou exibição de documentos ou de declarações e de comunicações*” (cfr. o art. 180.º da Lei n.º 7-A/2016, de 30 de Março). Como se depreende da frequência torrencial com que tem sido transfigurado, bem se nota que o RGIT não tem sido pois poupado à “fúria legislativa”

Portanto, entramos aqui na órbita de um sector da dogmática criminal que se ocupa das infracções a normas tributárias<sup>217</sup> – que, por sua vez, dizem respeito a “*todo o facto típico, ilícito e culposo declarado punível por lei tributária anterior*”<sup>218</sup> –, e, dentro destas, mais concretamente das infracções susceptíveis de incorporar crimes<sup>219</sup>. Determinando os tipos de infracções e cominando os correspondentes sancionamentos, é, à vista disso, integrado por normas definidoras das infracções tributárias e por normas determinadoras das sanções penais equivalentes<sup>220</sup>.

Em Portugal, terá sido a partir de 1990, com a publicação do Regime Jurídico das Infracções Fiscais não Aduaneiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 20-A/90, de 15 de Janeiro, através do qual se erigiu aquela que é vista como a primeira verdadeira codificação do direito penal tributário nacional, consagrando-se positivamente no mesmo diploma os princípios e soluções próprios desta disciplina, que passou a equacionar-se todo o direito penal fiscal (não aduaneiro) sob a batuta de um único diploma: o RJIFNA<sup>221</sup>. Dessa forma, passando a ordem jurídica nacional a aproveitar, desde então, esta disciplina especial agregadora dos atentados mais graves aos valores e interesses do «Fisco» e punindo-os já como crimes ou como contra-ordenações<sup>222</sup>,

que tem tomado de assalto todo o universo do direito fiscal, como referido em SILVA, Isabel Marques da, *Regime Geral das Infracções Tributárias*, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 16 ss.

<sup>217</sup> Cfr. os artigos 1.º e 2.º do RGIT. Em estudo historicamente datado sobre a problemática das infracções fiscais, veja-se GUERREIRO, António Mouteira, “Em torno da infracção fiscal”, in *CTF*, n.º 37-38, 1962, pp. 117 ss.

<sup>218</sup> Cfr. 2.º/1 do RGIT.

<sup>219</sup> Neste círculo, TEIXEIRA, Glória, “Estudos sobre as infracções tributárias”, in *III Congresso de Direito Fiscal*, Porto: Vida Económica, 2013, pp. 175 ss.

<sup>220</sup> Falando em “*direito penal fiscal em sentido amplo*”, respeitante pois ao conjunto das infracções tributárias, e, nesse sentido, desdobrável em “*direito penal fiscal em sentido estrito*» e em “*direito contra-ordenacional fiscal*», em função da concepção dualista com que surge determinado no RGIT e do bipartidarismo existente entre crimes e contra-ordenações tributárias, NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal*, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 417 ss. Oferecendo idêntica concepção, RODRIGUES, Anabela Miranda, “Direito penal fiscal”, in *Verbo: Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura, Edição Século XXI*, Lisboa e São Paulo: Editorial Verbo, Vol. 9, 1998-2003, p. 544.

<sup>221</sup> Assim, DIAS, Jorge de Figueiredo / ANDRADE, Manuel da Costa, “O Crime de Fraude Fiscal no Novo Direito Penal Tributário Português, (Considerações sobre a Factualidade Típica e Concurso de Infracções)”, in *RPCC*, A. 6, 1996, pp. 71 ss.

<sup>222</sup> Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo / ANDRADE, Manuel da Costa, *ibid.*, pp. 71 ss. Destrinchando os crimes das contra-ordenações fiscais, em obra fulcral neste domínio, DIAS, Augusto Silva,

passou a confiar-se ao Código Penal e legislação complementar o papel de direito subsidiário<sup>223</sup>.

Pese embora não tenha porventura alcançado todo o sucesso que se poderia esperar<sup>224</sup>, não deixa esta codificação de constituir um marco essencial da nossa história legislativa penal fiscal e um diploma-chave do direito penal fiscal português, em virtude das importantes alterações que introduziu nessa ordem jurídica, como a divisão do ilícito fiscal entre crimes e contra-ordenações ou a superação dos problemas derivados da dispersão até então existente ao nível das disciplinas reguladoras das infracções fiscais, no que tornava este diploma um autêntico «*Código Penal Fiscal*»<sup>225</sup>.

De entre as concretas especialidades desta órbita do direito penal secundário, em relação ao qual o Código Penal e legislação complementar assumem as vestes de direito subsidiário<sup>226</sup>, destaca-se a consagração da responsabilidade penal das pessoas colectivas, sociedades, ainda que irregularmente constituídas, e outras entidades fiscalmente equiparadas pelas infracções cometidas pelos seus órgãos ou representantes, em seu nome ou no interesse colectivo<sup>227</sup>; a existência de uma responsabilização colectiva não excludente da responsabilidade penal individual concomitante dos respectivos agentes,

“Crimes e contra-ordenações fiscais”, in *DPEE*, Vol. II: Problemas Especiais, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 439 ss.

<sup>223</sup> Numa atribuição, aliás, expressamente prevista no art. 4.º/1 do DL n.º 20-A/90.

<sup>224</sup> Nesse sentido, por exemplo, DIAS, Jorge de Figueiredo / ANDRADE, Manuel da Costa, “O Crime de Fraude Fiscal...”, *op. cit.*, p. 72.

<sup>225</sup> Cfr., DIAS, Augusto Silva, “O Novo Direito Penal Fiscal Não Aduaneiro (Dec.-lei n.º 20-A/90 de 15 de Janeiro), Considerações Dogmáticas e Político-Criminais”, in *Revista Fisco*, A. 2, n.º 22, 1990, p. 17. Veja-se, também, a propósito da trajectória da figura do *Abuso de confiança fiscal* na experiência portuguesa, ANDRADE, Manuel da Costa, “O abuso de confiança fiscal e a insustentável leveza (de um acórdão) do Tribunal Constitucional”, in *DPEE*, Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 230 ss.

<sup>226</sup> Nesse sentido, por exemplo, RODRIGUES, Anabela Miranda, “Direito penal fiscal”, *ob. cit.*, p. 544. Neste âmbito, ANDRADE, Manuel da Costa, “A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro) à luz do conceito de «bem jurídico»”, in *DPEE*, Vol. I: Problemas Gerais, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 388 ss.

<sup>227</sup> Cfr. o art. 7.º, especialmente o seu número 1, do RGIT. Analisando esta singularidade, POMBO, Nuno, *A Fraude Fiscal, A norma incriminadora, a simulação e outras reflexões*, Coimbra: Almedina, 2007, pp. 40 ss. Desde sempre, tem sido este um terreno predilecto da consagração da responsabilidade criminal dos entes colectivos.

a que corresponde a figura da responsabilidade cumulativa<sup>228</sup>; ou uma responsabilidade aparentemente civil<sup>229</sup> dos administradores, gerentes e

<sup>228</sup> Sobre esta problemática, oferecendo uma visão especializada, SILVA, Isabel Marques da, *Responsabilidade Fiscal Penal Cumulativa das Sociedades e dos Seus Administradores e Representantes*, Lisboa: Universidade Católica, 2000.

<sup>229</sup> Acerca da *mui* polémica questão do regime de responsabilidade “civil” estatuído pelo art. 8.º do RGIT – sobre a qual já tivemos a oportunidade de expressar a nossa opinião em trabalho apresentado no âmbito da unidade curricular de Direito Penal ministrada pela Professora Doutora Susana Aires de Sousa, no ano lectivo 2014/15 do Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob o título “A (in) constitucionalidade da responsabilidade «civil» por multas e coimas: um olhar crítico sobre a doutrina e a jurisprudência” –, que vem desde há muito semeando a discórdia no seio da doutrina e que tem trespassado para a jurisprudência, merecendo mesmo por diversas vezes a análise do Tribunal Constitucional em termos da conformidade desta responsabilidade com os preceitos fundamentais – vindo inclusivamente a resultar na declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, do regime de responsabilização solidária pelo pagamento das multas, aplicadas ao ente colectivo, sobre os administradores e gerentes que tivessem colaborado dolosamente na prática da infracção tributária determinadora da sanção, previsto no anterior art. 8.º/7 do RGIT, através do Acórdão do TC n.º 171/2014, de 18 de Fevereiro –, *vide*, em geral, SILVA, Germano Marques da, *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Lisboa: Editorial Verbo, 2009, pp. 438 ss; GARCIA, Eva Vaz Freixo, “Análise da natureza da responsabilidade subsidiária prevista no artigo 8.º, n.º 1 do RGIT e da (in) constitucionalidade da sua aplicação, à luz do princípio da intransmissibilidade das penas”, in RDS, A. 5, n.º 4, 2013, pp. 819 ss; SOUSA, Jorge Lopes de / SANTOS, Manuel Simas, *Regime Geral das Infracções Tributárias Anotado*, Lisboa: Áreas Editora, 2010, na anotação ao artigo 8.º do RGIT, pp. 90 ss; CATARINO, João Ricardo / VICTORINO, Nuno, *Infracções Tributárias: anotações ao regime geral*, Coimbra: Wolters Kluwer Portugal - Coimbra Editora, 2012, na anotação ao artigo 8.º, pp. 113 ss; VIANA, João Matos, “A (in)constitucionalidade da responsabilidade subsidiária dos administradores e gerentes pelas coimas aplicadas à sociedade, Comentário ao acórdão do STA de 4 de Fevereiro (processo n.º 0829/08) e ao acórdão do tribunal constitucional n.º 129/2009, de 12 de Março”, in RFPDF, A. 2, n.º 2, 2009, pp. 199 ss; BANDEIRA, Gonçalo de Melo, «Responsabilidade» Penal Económica e Fiscal dos Entes Colectivos, *À Volta das Sociedades Comerciais e Sociedades Cívis sob a Forma Comercial*, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 401 ss; ANTUNES, Maria João, “A Constituição penal – especial incidência em matéria fiscal”, in *Curso de Especialização: Temas de Direito Fiscal Penal*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2013, p. 27; BRAVO, Jorge dos Reis, *Direito Penal de Entes Colectivos: ensaio sobre a punibilidade de pessoas colectivas e entidades equiparadas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 94 ss; BRANDÃO, Nuno, “O regime sancionatório das pessoas colectivas na revisão do código penal”, in DPEE, Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 470; SILVA, Germano Marques da, “Responsabilidade subsidiária dos gestores por coimas aplicadas a pessoas colectivas”, in RFPDF, A. 2, n.º 3, pp. 297 ss; SILVA, Isabel Marques da, *Regime Geral das Infracções Tributárias*, *ob. cit.*, pp. 82 ss; SILVA, Germano Marques da, “Sobre a responsabilidade civil emergente do crime tributário e outras questões pertinentes”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor*

outras pessoas que exerçam funções de administração em pessoas colectivas pelas multas e coimas aplicadas a estas<sup>230,231</sup>.

Ainda assim, não obstante se consagrem aqui princípios e soluções que muitas vezes distam dos vectores do direito penal clássico, não será seguramente supérfluo ter-se presente que o direito penal fiscal, apesar dessas significativas singularidades, se deve reconduzir aos princípios gerais do direito penal comum, “sob pena de se criar um microsistema descoordenado, por desvinculado da unidade do sistema penal, dificultando a apreensão dos valores protegidos e subvertendo o próprio sistema penal”<sup>232</sup>. Pois que nem as especialidades de construção dogmática que o direito penal secundário apresenta, que se reflectem ora na temática da teoria geral do crime ora no capítulo

*Paulo de Pitta e Cunha, Vol. II: Economia, Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Coimbra: Almedina, 2010, pp. 191 ss; PINTO, António Augusto Tolda / BRAVO, Jorge dos Reis, *Regime Geral das Infracções Tributárias e Regimes Sancionatórios Especiais: Anotados*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, pp. 49 e ss; SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Tributário...*, *ob. cit.*, pp. 327 ss; NOITES, Mariana Brandão de Pinto, “Ainda a problemática dos agentes das infracções tributárias: considerações sobre a aplicabilidade da reversão da execução fiscal como meio para efectivar a responsabilidade dos administradores e representantes das sociedades”, in *Revista Fiscal*, n.º 11, 2009, pp. 13 ss; SOUSA, Jorge Lopes de, “Responsabilidade subsidiária por multas e coimas aplicadas por infracções fiscais”, in *Colóquios AMJAFP – Associação dos Magistrados da Jurisdição Administrativa e Fiscal de Portugal*, Lisboa: AMJAFP, 2010, pp. 11 e ss; SANTOS, Hugo, “Os fiduciary duties dos administradores das sociedades comerciais e o regime jurídico da solidariedade passiva constante do (revogado) art. 8.º, n.º 7, do RGIT e do (repristinado) art. 7.º-A, n.º 2, do RJIFNA. Cooperação dialéctica entre o Tribunal Constitucional e o Supremo Tribunal de Justiça?”, in *Revista Fiscal*, n.º 3, 2014, pp. 8 ss; e, finalmente, MONTEIRO, Fernando Conde, “O artigo 8.º do RGIT: reflexões axiológico-normativas”, in *IV Congresso de Direito Fiscal*, Porto: Vida Económica, 2014, pp. 121 ss.

<sup>230</sup> Cfr. o art. 8.º do RGIT.

<sup>231</sup> Apresentando tais particularidades desta espécie do direito penal secundário, NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal*, *ob. cit.*, p. 419; SILVA, Germano Marques da, “Imposto, Ética e Crime (Tentativa de resposta a algumas interrogações correntes)”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, Vol. II – Ciências Jurídico-Económicas, Coimbra: Livraria Almedina, 2000, pp. 81 ss; igualmente, RODRIGUES, Anabela Miranda, “Direito penal fiscal”, *ob. cit.*, pp. 544 ss.

<sup>232</sup> Ressalvando esta propriedade, nestes exactos termos, a propósito da redacção do Regime Geral das Infracções Tributárias, que procurou respeitar a matriz do Código Penal e a dogmática geral, sem deixar de, simultaneamente, honrar os diplomas que o precederam, SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Tributário...*, *ob. cit.*, pp. 17-18. Também, no sentido da aplicação e interpretação do RGIT sem perder de vista os princípios penais gerais, TEIXEIRA, Glória, *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra: Almedina, 2008, p. 327.

das consequências jurídicas deste, lhe conferem uma autonomia tal que lhe permita prescindir dos princípios, das regras e dos métodos do direito penal clássico e do direito penal codificado, que por essa razão incorporará sempre o pilar dogmático e a referência catedrática do direito penal secundário<sup>233</sup>.

Portanto, nestes termos, não restam dúvidas que consequência necessária desta ligação intersubjectiva, ou melhor, desta vinculação insubstituível a que fica adstrita a disciplina especial do direito penal tributário, há-de ser o princípio da aplicação subsidiária do regime comum às matérias em relação às quais aquela disciplina particular não imponha especialidades relativamente ao Código Penal, ou por outras palavras, nos casos em que daquelas normas específicas decorram lacunas<sup>234</sup>.

De resto, a incursão que no primeiro capítulo se faz à problemática das penas de substituição e da suspensão da execução da pena em particular, pela perspectiva do direito penal clássico, também se poderia justificar neste facto, na persistência de um vínculo contínuo entre este domínio especial da doutrina penal e a dogmática penal geral e que se traduz na recondução do primeiro aos princípios e categorias dogmáticas do segundo.

## 1.2. O Regime Geral das Infracções Tributárias

Quanto à disciplina que hoje especificamente dirige a matéria das infracções tributárias, acha-se esta agregada num único diploma de carácter especial, a que corresponde, evidentemente, o Regime Geral das Infracções Tributárias (ou simplesmente RGIT)<sup>235</sup>. De mais a mais, encontrando-nos nós perante um

<sup>233</sup> Veja-se, nesse sentido, NASCIMENTO, Antonieta, “Regime Geral das Infracções Tributárias – dificuldades de aplicação dos arts. 14.º/1 e 22.º”, in *RPCC*, A. 20, 2010, p. 74. Cfr., nesta órbita, ANDRADE, Manuel da Costa, “O novo Código Penal e a moderna criminologia”, *ob. cit.*, pp. 217 ss; COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 20 ss.

<sup>234</sup> Cfr. SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Tributário...*, *ob. cit.*, p. 36.

<sup>235</sup> Aprovado pela Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho, entrou em vigor a 5 de Julho de 2001. Sobre os antecedentes e influências deste diploma – que procurou trazer uma maior unidade à cátedra do direito fiscal punitivo, sobretudo através da reunião no mesmo diploma, entre outras disposições anteriormente avulsas, da matéria da criminalidade fiscal aduaneira e da criminalidade fiscal não aduaneira, antigamente consideradas no RJIFA e RJIFNA respectivamente –, veja-se SILVA, Isabel Marques da, *Regime Geral das Infracções Tributárias*,

substrato tão indiscutivelmente específico e *sui generis* da orla jurídica, nem fazia sentido que fosse de outro modo, achando-se esta especialidade proclamada formal e expressamente no art. 10.º do RGIT<sup>236</sup>.

Estendendo a sua esfera de aplicação, como disposto no seu art. 1.º/1, às infracções das normas reguladoras das prestações tributárias (alínea *a*)), das normas disciplinadoras dos regimes tributários, aduaneiros e fiscais (alínea *b*)), das disposições relativas a benefícios fiscais e franquias aduaneiras (alínea *c*)) e, finalmente, das normas que disciplinam as contribuições e prestações relativas ao sistema de solidariedade e segurança social (alínea *d*)), este diploma abarca quer as infracções tributárias de natureza criminal quer as de natureza contra-ordenacional, persistindo uma “bipartição” de infracções – que será o mesmo que dizer que tem por base uma “*concepção dualista*”<sup>237</sup> – que, por sua vez, resultará numa dupla natureza ao nível processual em processo penal tributário (para as hipóteses de crimes) e em processo de contra-ordenação tributário (no caso das contra-ordenações)<sup>238</sup>.

*ob. cit.*, pp. 17 ss; igualmente, SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Tributário...*, *ob. cit.*, pp. 38 ss. Além do mais, no seguimento da Resolução do Conselho de Ministros n.º 119/97, de 14 de Julho, relativa às *Bases Gerais da Reforma Fiscal da Transição para o século XXI*, o art. 52.º da Lei n.º 87-B/98, de 31 de Dezembro, que autorizava o Governo a rever os regimes jurídicos das infracções fiscais aduaneiras e não aduaneiras, erigia expressamente como objectivos, para além da unificação e uniformização destes regimes, a resolução dos casos de concursos de normas entre a legislação penal comum e a legislação penal aduaneira e fiscal, o reforço da protecção do bem jurídico que baseia o dever fundamental de cumprir as obrigações fiscais e aduaneiras e a actualização dos regimes vigentes. Veja-se a referida Resolução do Conselho de Ministros e, bem assim, o art. 52.º/1 da Lei n.º 87-B/98, de 31 de Dezembro, aprovadora do Orçamento do Estado para 1999. Cfr. ainda SILVA, Germano Marques da, “Notas sobre o regime geral das infracções tributárias (Aprovado pela Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho)”, *in DJ*, Vol. XV, T. 2, 2001, pp. 59 ss.

<sup>236</sup> Que, relativamente à “*Especialidade* das normas tributárias e concurso de infracções”, estatui que “aos responsáveis pelas infracções previstas nesta lei são *somente* aplicáveis as sanções cominadas nas respectivas normas, desde que não tenham sido efectivamente cometidas infracções de outra natureza” (sublinhado nosso) – norma que, advirta-se, deve ser interpretada em conjunto com os artigos 2.º (referente ao conceito e espécies de infracções tributárias) e 3.º (atinente ao direito subsidiariamente aplicável) do RGIT, a que podemos adicionar o art. 8.º do CP (que diz respeito à aplicação subsidiária do CP). Cfr. SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Tributário...*, *ob. cit.*, pp. 69 ss.

<sup>237</sup> Nas palavras de NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal*, *ob. cit.*, p. 418.

<sup>238</sup> Cfr. SILVA, Isabel Marques da, *Regime Geral das Infracções Tributárias*, *op. cit.*, pp. 57 ss. Note-se que esta «bipartição» entre crimes e contra-ordenações, para além de já consagrada politíco-criminalmente no RJIFNA – de onde sofreu indiscutível influência –, era já uma realidade

Portanto, na senda do que já se dissera a propósito do RJFNA, encontramos hoje na Lei n.º 15/2001 uma verdadeira codificação, um autêntico «código» do direito penal tributário nacional, determinador de algumas soluções que já distam dos ditames da dogmática comum, de entre as quais um regime particular da “suspensão da execução da pena de prisão”, para cuja análise nos voltamos no próximo capítulo.

## 2. A problemática das penas e o Direito Penal Fiscal

### 2.1. Excurso pela discussão acerca da criminalização das infracções tributárias e pela polémica da sua punição

Traçada uma necessariamente sumária (e por isso inevitavelmente limitada), mas invariavelmente obrigatória, panorâmica geral do âmbito material e normativo da disciplina em que semeamos as próximas observações, é chegado o momento de centrarmos as nossas reflexões na discussão acerca da intervenção penal no âmbito tributário, que constitui, afinal de contas, o ponto em que as matérias do direito penal e do direito fiscal verdadeiramente se entrecruzam para despontar esse «*sub-ramo*» em que se traduz o direito penal fiscal, que estatui da aplicação de sanções de carácter manifestamente penal à violação de certos preceitos de natureza tributária<sup>239-240</sup>.

Ora, em vista disso, como facilmente se compreende, o núcleo problemático de maior relevo a ser levantado ao longo da evolução do direito penal fiscal nacional tem, desde cedo, residido precisamente na discussão acerca da

também ao nível do Código Penal. Nesse sentido, CARDONA, Maria Celeste, “Algumas notas sobre a problemática das infracções fiscais não aduaneiras”, in *Problemas Fundamentais do Direito Tributário*, Lisboa: Vislis Editores, 1999, p. 391.

<sup>239</sup> Sobre este relacionamento, veja-se, por todos, TEIXEIRA, António Braz, *Princípios de Direito Fiscal*, Vol. I, Coimbra: Livraria Almedina, 1991, pp. 30 ss; SANCHES, J. L. Saldanha, *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 69; GOMES, Nuno de Sá, *Manual de Direito Fiscal*, Vol. I, Lisboa: Rei dos Livros, 2000, pp. 42 ss; VASQUES, Sérgio, *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 83 ss.

<sup>240</sup> Primordial, no domínio das «*penas fiscais*», em obra reconhecida, relativa à altura da vigência do Código Penal de 1886, ROSA, Manuel Cortes, “Natureza jurídica das penas fiscais”, in *DPEE*, Vol. II: Problemas Especiais, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 1 ss.

criminalização ou não das infracções tributárias e, de modo consequente, na questão da admissibilidade ou não da cominação da pena de prisão para tais infracções<sup>241</sup>. Se uma solução no sentido afirmativo foi preferida pelo legislador nacional há já algum tempo, nem por isso deixa de ser esta uma problemática caracterizada pela inconstância e mutabilidade, quer doutrinal quer legislativa, ao longo da história evolutiva mais recente do direito penal fiscal português<sup>242</sup>.

Nesse sentido, terá sido primeiramente através do Decreto-Lei n.º 619/76, de 27 de Julho<sup>243</sup>, em resposta àquilo que representavam (e continuam a repre-

<sup>241</sup> Assim considerando, NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal*, ob. cit., p. 421.

<sup>242</sup> Não temos a ambição, neste estudo – que tem em vista questões delimitadas –, de examinar especificamente a já longa e instável biografia da infracção fiscal no panorama jurídico interno, tarefa que de resto foi já (hábil e convenientemente) desempenhada, pelo que nos limitaremos aqui a fornecer uma ideia global sobre os desenvolvimentos menos longevos, não resistindo à tentação que a sua pertinência evoca ao nível da matéria que concretamente abordamos. Acerca da “evolução histórico-legislativa” da infracção fiscal no panorama português, veja-se, em estudo detalhado e indispensável, SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais: Análise Dogmática e Reflexão sobre a Legitimidade do Discurso Criminalizador*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 51 ss; e, no mesmo âmbito, acompanhando o percurso histórico da infracção fiscal e debate sobre a sua natureza, da mesma Autora, “A infracção fiscal (e a sua natureza) no direito português: breve percurso histórico”, in *BCE*, Vol. LIII, 2010, pp. 39 ss. Igualmente, acompanhando a evolução histórica da “penologia das infracções fiscais”, SOUSA, Alfredo José de, “Direito penal fiscal – uma perspectiva”, in *DPEE*, Vol. II: Problemas Especiais, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 157 ss.

<sup>243</sup> Note-se, contudo, que não surge primeiramente aqui o ideário da criminalização das infracções fiscais em território nacional, pois que já muito antes, em 1936, através do DL n.º 27 153, de 31 de Outubro, se previa, no seu art. 10.º, a punição de administradores, directores, gerentes e membros do conselho fiscal pela violação de determinados deveres tributários, mormente nos casos de duplicação, viciação ou falsificação de escrita, incorrendo estes em multa, além de, para efeitos criminais, serem considerados autores do crime de burla, punível com pena privativa da liberdade, naquilo que acabava por constituir uma autêntica criminalização destas infracções fiscais (cfr. o art. 10.º do referido diploma, publicado no *Diário do Governo*, n.º 256). Posteriormente, o DL n.º 28 221, de 24 de Novembro de 1937, viria a confirmar essa orientação legislativa, no seu art. 4.º, ao remeter para a mesma solução o caso de incumprimento da obrigação de todos os comerciantes ou industriais arquivarem os livros da sua escrituração e documentos comprovativos das operações registadas pelo período de 5 anos ou de se verificar a duplicação, viciação ou falsificação de escrita (cfr. os arts. 4.º/1 e 3.º do mencionado DL, publicado no *Diário do Governo*, n.º 274). Na mesma linha seguiria, igualmente, o DL n.º 29 480, de 10 de Março de 1939 (publicado no *Diário do Governo*, n.º 57). Porém, com a Reforma Fiscal portuguesa principiada em 1958, adoptou-se como sanção principal das infracções fiscais, numa indicação projectada nos vários códigos fiscais, a pena

sentar) as tarefas fundamentais consignadas ao Estado moderno e as hodiernas finalidades do sistema fiscal, constitucionalmente impostas<sup>244</sup> e socialmente exigidas, procurando superar alguns problemas advindos dos regimes anteriores, que o legislador português procurou combater eficazmente a evasão e a fraude fiscal<sup>245</sup>, mediante a criminalização das infracções tributárias de maior gravidade, punindo-as com a pena de prisão<sup>246</sup>.

de multa (não convertível em prisão), entendendo-se acarretar a revogação do regime anterior. A este nível, *vide*, em especial, SOUSA, Susana Aires de, “A infracção fiscal (e a sua natureza)...”, *ob. cit.*, pp. 45-49; e também CARDONA, Maria Celeste, “Algumas notas sobre a problemática das infracções fiscais...”, *ob. cit.*, p. 390. Por seu turno, criticando fortemente a solução legislativa de 1936 de equiparação, ainda que só nas situações configuradas, dessas “fraudes fiscais” à burla, que considerava contrariar “toda a evolução do direito penal fiscal”, interpretando o art. 4.º/1 do diploma de 1937 no sentido de não mandar aplicar às infracções aí previstas o art. 10 do DL n.º 27 153, e concluído, mesmo assim, pela revogação de tais sistemas punitivos através da Reforma Fiscal, que “quis fazer tábua rasa do sistema anterior”, CORREIA, Eduardo, “Os artigos 10.º do decreto-lei n.º 27 153, de 31-10-1936, e 4.º, n.º 1, do decreto-lei n.º 28 221, de 24-11-1937, a reforma fiscal e a jurisprudência (secção criminal) do S. T. J.”, *in DPEE*, Vol. II: Problemas Especiais, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, especialmente pp. 19, 23 e 31.

<sup>244</sup> Com efeito, na redacção originária do texto constitucional de 1976 – naturalmente soberano e influenciador dos diplomas legais que o sucederiam – impunha-se, na alínea c), do art. 9.º, a tarefa fundamental do Estado “*socializar os meios de produção e a riqueza, através de formas adequadas às características do presente período histórico, criar as condições que permitam promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo, especialmente das classes trabalhadoras, e abolir a exploração e a opressão do homem pelo homem*”, determinando, nessa lógica, no art. 106.º/1, que “*o sistema fiscal será estruturado por lei com vista à repartição igualitária da riqueza e dos rendimentos e à satisfação das necessidades financeiras do Estado*”. Veja-se, nesta órbita, SILVA, Germano Marques da, “Imposto, Ética e Crime...”, *ob. cit.*, p. 73. Em análise esmiuçada e detalhada a respeito do sistema fiscal na Constituição de 1976, particularmente das finalidades então a este atribuídas, *vide*, por todos, RIBEIRO, José Joaquim Teixeira, *A Reforma Fiscal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1989, pp. 97 ss.

<sup>245</sup> Veja-se o preâmbulo do DL n.º 619/76, onde expressamente se erigia o objectivo de “*combater mais eficazmente*” os fenómenos da evasão e da fraude fiscal, optando-se, para esse efeito, pela punição com a pena de prisão das “*situações mais graves*”, identificando-as no seu art. 1.º e estabelecendo os limites dessa punição no seu art. 2.º, que poderia ser substituída por multa (art. 4.º). De resto, ao que se julga saber, a sua vigência esteve longe de ser imperturbável, contendendo com pedidos de declaração de inconstitucionalidade a que se somavam dificuldades interpretativas e aplicativas, redundando numa parca aplicação pelos órgãos jurisdicionais. Nesse sentido, SOUSA, Susana Aires de, “A infracção fiscal (e a sua natureza)...”, *ob. cit.*, p. 50; ainda, CARDONA, Maria Celeste, “Algumas notas sobre a problemática das infracções fiscais não aduaneiras”, *ob. cit.*, p. 390; ou GOMES, Nuno de Sá, “A criminalização das infracções tributárias”, *in CTF*, n.º 392, 1998, p. 85. Sem duvidar da

Assim, este diploma acabaria por ter o mérito de representar a reintrodução da pena de prisão na órbita dos sancionamentos aplicáveis às infracções tributárias, reanimando a discussão em torno da problemática da criminalização destas infracções<sup>247</sup>.

Depois de um período de alguma confusão e dispersão que se seguiu, no que respeitava ao tratamento legal das infracções tributárias, em que se privilegiou as penas de natureza administrativa<sup>248</sup>, viria a ser aprovado, pelo Decreto-Lei n.º 20-A/90, de 15 de Janeiro, o Regime Jurídico das Infracções Fiscais Não Aduaneiras (RJIFNA)<sup>249</sup>, que traria alguma serenidade e estabilidade a uma matéria até então pouco incontroversa – antes ainda era aprovado o Regime Jurídico das Infracções Fiscais Aduaneiras (RJIFA), pelo Decreto-Lei n.º 376-A/89, de 25 de Outubro<sup>250</sup>.

Ainda que a versão originária do RJIFNA apresentasse apenas a multa como pena principal, sobrando à pena de prisão a função de mera alterna-

inconstitucionalidade orgânica e material deste diploma, que justificadamente fundamentam, aplaudindo a opção legislativa de punir com pena de prisão certas infracções tributárias, veja-se, em obra capital neste âmbito, MARTINS, Castro / MALHEIROS, Macaísta, “A pena de prisão no direito fiscal”, in *CTF*, n.ºs 220/222, 1977, pp. 43 ss.

<sup>246</sup> Vide SILVA, Germano Marques da, “Imposto, Ética e Crime...”, *ob. cit.*, p. 73; SOUSA, Susana Aires de, “A infracção fiscal (e a sua natureza)...”, *ob. cit.*, pp. 49-50; SOUSA, Alfredo José de, “Direito penal fiscal – uma perspectiva”, *ob. cit.*, pp. 160 ss.

<sup>247</sup> Por exemplo, NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal*, *ob. cit.*, p. 422; também, CARDONA, Maria Celeste, *ob. cit.*, p. 390. Salientando a importante novidade, trazida por este Decreto-Lei, da punição com pena privativa da liberdade de gestores e técnicos de contas quando o sujeito passivo do imposto fosse um ente colectivo, naquilo que constituiria o “embrião” da responsabilidade por actuação em nome e no interesse de outrem, que depois se transportaria para outros relevantes diplomas, SILVA, Germano Marques da, “Imposto, Ética e Crime...”, *ob. cit.*, p. 76. Veja-se, sobre esta discussão na perspectiva espanhola, FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín, *Estudios sobre Criminalidad Económica*, Barcelona: Bosch, 1978, pp. 89 ss.

<sup>248</sup> Veja-se, sobre este período da década de 1980, SOUSA, Susana Aires de, “A infracção fiscal (e a sua natureza)...”, *ob. cit.*, pp. 50-52.

<sup>249</sup> Como afixava o seu preâmbulo, após a entrada em vigor dos renovados regimes jurídicos do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (IRS), do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (IRC), da Contribuição Autárquica (CA) e do Estatuto dos Benefícios Fiscais – aprovados, respectivamente, pelos Decretos-Lei n.ºs 442-A/88, 442-B/88 e 442-C/88, todos de 30 de Novembro, e pelo DL n.º 215/89, de 1 de Julho –, tornara-se premente proceder-se à reorganização da disciplina das infracções fiscais não aduaneiras.

<sup>250</sup> Cfr. NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal*, *ob. cit.*, p. 422.

tiva à multa no caso de não pagamento<sup>251</sup> – numa solução que logo enfrentava múltiplas críticas provenientes de variados pólos da doutrina<sup>252</sup> –, o DL n.º 394/93, de 24 de Novembro, que alterou o DL n.º 20-A/90, prontamente restituiria à pena privativa da liberdade o papel de sanção principal aplicável às infracções fiscais, prevendo a pena de prisão a título principal até 5 anos<sup>253</sup>. Decorridos três anos sobre a entrada em vigor do RJIFNA, considerou-se proceder-se a esta alteração em virtude dos “novos contornos da fraude e evasão fiscais” que, estimulados por vários factores como as novas tecnologias ou a internacionalização da economia, revelam ora uma “danosidade muitas vezes superior à dos crimes comuns”, acarretando uma intolerável lesão dos princípios da igualdade e proporcionalidade contributivas, tornando-se imperioso o seu combate de forma eficaz, mormente através da previsão da pena de prisão a título principal até 5 anos<sup>254</sup>. Era pois necessária uma “conscien- cialização do cidadão” em relação à importância dos impostos para a prosse- cução dos objectivos da comunidade, por oposição a uma eventual sensação de impunidade que um combate menos robusto poderia fomentar, optando- -se pela determinação da pena de prisão a título principal<sup>255</sup>.

<sup>251</sup> Num entendimento que se alicerçava na matriz político-criminal reinante no seio do (novo) ordenamento jurídico-penal, segundo a qual as penas deveriam ser executadas sempre com um sentido pedagógico e ter um escopo (res)socializador, optou-se meramente pela previsão da pena de multa, ponderando-se os interesses em confronto e apontando-se ao princípio da preferência pelas reacções penais não detentivas, sem embargo da aplicação alternativa da pena de prisão em caso de não pagamento da multa. *Vide* o preâmbulo do DL n.º 20-A/90, de 15 de Janeiro.

<sup>252</sup> Demonstrativa era logo a posição de Augusto Silva Dias, sublinhando como um dos pontos negativos desta nova legislação penal tributária a colocação no primeiro plano da pena de multa, numa lógica desproporcional em face dos “elevados danos que produzem” estas infracções, DIAS, Augusto Silva, “O Novo Direito Penal Fiscal Não Aduaneiro...”, *ob. cit.*, p. 17. Por seu turno, a favor desta orientação legislativa, ainda que expressando-se no contexto da legislação anterior, CORREIA, Eduardo, “Os artigos 10.º...”, *ob. cit.*, pp. 24 ss.

<sup>253</sup> Advertia, no entanto, o preâmbulo do DL n.º 394/93, de 24 de Novembro, que o juiz poderia, via da regra, aplicar a multa desde que esta fosse suficiente para a “satisfação do interesse de recuperação do delinquente e das exigências de prevenção e repressão do crime”. Sobre a reforma operada por este diploma no direito sancionatório fiscal, CATARINO, João Ricardo / VICTORINO, Nuno, “Aspectos Gerais e Específicos do Novo Regime Geral das Infracções Tributárias”, in *Fiscalidade*, n.º 9, 2002, pp. 40 ss.

<sup>254</sup> Cfr. o preâmbulo do DL n.º 394/93, de 24 de Novembro.

<sup>255</sup> Cfr., ainda, o preâmbulo do referido diploma.

Assim sendo, o DL n.º 394/93 aparece como que representando o ponto de chegada do célebre e reconhecido ideal de «eticização» do direito tributário, como o reflexo legalmente cognoscível deste movimento no ordenamento jurídico-tributário português, como a superação definitiva do paradigma da infracção fiscal como «*Kavaliersdelikt*»<sup>256-257</sup>. Este movimento encarnava, com efeito, a superação do entendimento que configurava a infracção fiscal como um «mero delito de luvas brancas», a suplantação daquele período de “limbo ético-axiológico”<sup>258</sup> em que se idealizava a infracção fiscal não mais do que como um «*Kavaliersdelikt*», que, ao invés de uma genuína censura social e de repúdios punitivos, suscitava reacções de apreço e de respeito no seio do consciente colectivo, despertando sentimentos generalizados de compreensão e tolerância, e quem sabe de admiração<sup>259</sup>. Integrando antes um simples “ilícito de polícia” ou um “ilícito penal administrativo”, convertia-se agora numa verdadeira infracção criminal susceptível de censura<sup>260</sup>.

<sup>256</sup> Veja-se, nesse sentido, ANDRADE, Manuel da Costa, “O abuso de confiança fiscal e a insustentável leveza (de um acórdão)...”, *ob. cit.*, p. 232. Ademais, o próprio DL n.º 394/93 deixava entender, no seu preâmbulo, que se prendia esta alteração com o “sentido ético que cada vez mais impregna o ordenamento jurídico-tributário”, cessando de vigorar o “sistema da mera multa criminal”.

<sup>257</sup> A crítica de Augusto Silva Dias em relação à versão originário do DL n.º 20-A/90, mais concretamente ao regime sancionatório adoptado que previa apenas a pena de multa a título principal, referida em nota anterior, ia precisamente no sentido de essa redacção ainda corroborar (erradamente) a ideia (ultrapassada) de estarmos perante «*delitos de cavalheiros*», ao considerar as infracções fiscais desmerecedoras de uma reacção penal mais musculada consubstanciada na pena de prisão, não obstante os elevados danos que provocam. Cfr., novamente, DIAS, Augusto Silva, “O Novo Direito Penal Fiscal Não Aduaneiro...”, *op. cit.*, p. 17.

<sup>258</sup> Na expressão de Costa ANDRADE em “O abuso de confiança fiscal e a insustentável leveza (de um acórdão)...”, *ob. cit.*, p. 232.

<sup>259</sup> Veja-se ANDRADE, Manuel da Costa, “O abuso de confiança fiscal e a insustentável leveza (de um acórdão)...”, *ob. cit.*, pp. 232-233; igualmente, RODRIGUES, Anabela Miranda, “Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal”, in *DPEE*, Vol. II: Problemas Especiais, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 481 ss. Situando este fenómeno em todo o direito penal económico, COSTA, José de Faria / ANDRADE, Manuel da Costa, “Sobre a concepção e os princípios do direito penal económico, Notas a propósito do colóquio preparatório da AIDP (Freiburg, Setembro de 1982)”, in *DPEE*, Vol. I: Problemas Gerais, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 348.

<sup>260</sup> Assim, DIAS, Jorge de Figueiredo / ANDRADE, Manuel da Costa, “O Crime de Fraude Fiscal...”, *ob. cit.*, p. 75; ainda, RODRIGUES, Anabela Miranda, “Direito penal fiscal”, *ob. cit.*, p. 545. Referindo-se ao «*tonus*» eticizador da «moderna» orientação do direito fiscal imprimida

Assim, após a entrada em vigor do DL n.º 394/93, a ameaça com a pena privativa da liberdade para os crimes fiscais, em que se traduzia a (renovada) previsão da pena de prisão enquanto sanção principal, imprimia nestas infracções um incontestável recorte de dignidade penal e uma marca de carência de tutela penal ou necessidade de pena, características inconfundíveis do ilícito criminal<sup>261</sup>.

Encontrando-se hoje aquela compreensão ética do direito penal fiscal perfeitamente consolidada<sup>262</sup>, não parecem mais restar dúvidas quanto ao papel do sistema fiscal e seus objectivos<sup>263</sup> de justiça distributiva, desde cedo defendidos, paralelamente aos intuitos de arrecadação de receitas, tendo-se em vista as necessidades de financiamento das actividades sociais do Estado, realizadas, como se sabe, sobretudo mediante a cobrança de impostos e outros tributos<sup>264</sup>.

na reforma fiscal, e logo preconizando a criminalização das infracções fiscais mais graves, em plena década de 1970, GERSÃO, Eliana, “Revisão do sistema jurídico relativo à infracção fiscal”, in *DPEE*, Vol. II: Problemas Especiais, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 89 ss.

<sup>261</sup> Neste sentido, ANDRADE, Manuel da Costa, “O abuso de confiança fiscal e a insustentável leveza (de um acórdão)...”, *ob. cit.*, p. 233.

<sup>262</sup> Nesse sentido, RODRIGUES, Anabela Miranda, “Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal”, *ob. cit.*, p. 481; da mesma forma, SOUSA, Susana Aires de, “Sobre o bem jurídico-penal protegido nas incriminações fiscais”, in *DPEE*, Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 293 ss. Estando hoje cabalmente afastado aquele entendimento que concebia o ilícito fiscal como correspondendo a “uma fase policial do direito, desprovida de todo o conteúdo ético, traduzindo-se na violação de prestações ou deveres vexatórios, desproporcionados e injustos, que incitam o contribuinte a defender-se com a ocultação e a fraude”, carecido de conteúdo moral, ou de um «*mínimo ético*» atribuidor de dignidade penal, no trilhó aliás dos ensinamentos teológicos de S. Tomás de Aquino e da concepção de que “as normas tributárias não obrigam em consciência, mas são tão-só objecto de coacção externa do Estado”. Veja-se CORREIA, Eduardo, “Os artigos 10.º...”, *ob. cit.*, pp. 23-24; igualmente, SOUSA, Alfredo José de, “Direito penal fiscal – uma perspectiva”, *ob. cit.*, p. 159. Ainda, nesta órbita, cfr. GONÇALVES, Laureano, *Direito Penal Fiscal, Evasão e Fraude Fiscais*, Porto: Vida Económica, 2013, p. 35.

<sup>263</sup> As finalidades do sistema fiscal surgem, desde logo, determinadas na Lei Fundamental, designadamente no seu art. 103.º/1, ao impor como objectivos do sistema fiscal a “satisfação das necessidades financeiras do Estado” e uma “repartição justa dos rendimentos e da riqueza”. Cfr. o art. 103.º/1 da CRP.

<sup>264</sup> Ainda, RODRIGUES, Anabela Miranda, “Direito penal fiscal”, *ob. cit.*, p. 545. Sobre o «*dever fundamental*» de pagar impostos enquanto instrumentos de realização das tarefas estaduais, veja-se, por todos, NABAIS, José Casalta, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos, Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*, Coimbra: Almedina, 2015, especialmente pp. 185 ss.

Constitui este, em suma, o fundamento ético do imposto, legitimador deste alargamento do âmbito aplicativo do direito penal para uma área tradicionalmente estranha a tal qualificação, e consagrado constitucionalmente nos artigos 103.º e 104.º, que atribuem ao sistema fiscal, para além da já mencionada finalidade de uma “justa repartição dos rendimentos e da riqueza” (art. 103.º/1, *in fine*), os imperativos de “diminuição das desigualdades” (no art. 104.º/1, relativamente ao imposto sobre o rendimento pessoal) e de “igualdade entre cidadãos” (no art. 104.º/3, em referência à tributação do património), sem olvidar as necessidades de “justiça social” (art. 104.º/4, no tocante à tributação do consumo)<sup>265-266</sup> – preceitos que, conjuntamente com o antes positivado no RJIFNA (principalmente após o DL n.º 394/93) e transposto hoje no RGIT, bem ilustram a crónica adesão e contínua fidelidade do direito penal fiscal nacional ao programa da eticização do direito tributário<sup>267</sup>.

<sup>265</sup> Estes dois dispositivos fundamentais, referentes ora ao sistema fiscal em geral (art. 103.º da CRP), ora às principais tipologias de impostos (art. 104.º da CRP) e que integram a designada «*constituição fiscal*», traçam, no fundo, os guindastes constitucionais pelos quais se deverá orientar o programa fiscal estadual, erigindo-se, ao lado desse objectivo inteiramente financeiro de arrecadação de receitas tendentes ao financiamento das despesas públicas, um objectivo social de justa repartição de rendimentos e riqueza. Por conseguinte, tem-se em vista uma ideia de «justiça social», projectando-se a diminuição das desigualdades na distribuição dos rendimentos, mediante expedientes como a «progressividade do sistema fiscal», agravando-se mais os rendimentos elevados e as maiores fortunas (cfr. o art. 104.º, especialmente os números 1, 3 e 4). Ademais, é instrumento privilegiado da execução das finalidades extrafiscais, precisamente o imposto sobre o rendimento pessoal, enunciado no art. 104.º/1, que será único e progressivo, visando-se a “diminuição das desigualdades”; devendo ainda a tributação do património “contribuir para a igualdade entre cidadãos” (art. 104.º/3); e, por último, também a tributação do consumo, voltada para a “justiça social”, deverá “onerar os consumos de luxo”. Veja-se, aprofundadamente, CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, nas anotações aos artigos 103.º e 103.º, pp. 1087 ss. Ainda, imprescindível no que toca às finalidades dos impostos, acompanhando os objectivos do sistema fiscal traçados no texto constitucional de 1976 e alterações decorrentes da primeira revisão, RIBEIRO, José Joaquim Teixeira, *A Reforma Fiscal*, *ob. cit.*, pp. 97 ss.

<sup>266</sup> Cfr. os arts. 103.º/1 e 104.º da CRP. Expondo este raciocínio, RODRIGUES, Anabela Miranda, “Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal”, *ob. cit.*, p. 481.

<sup>267</sup> Neste sentido, já por altura da vigência do RJIFNA, DIAS, Jorge de Figueiredo / ANDRADE, Manuel da Costa, “O Crime de Fraude Fiscal...”, *ob. cit.*, p. 77.

Bem se vê que, até há relativamente pouco tempo atrás, andou distante da unanimidade a orientação legislativa acerca deste problema, algo naturalmente advindo da dispersão de discursos de que não invulgarmente viveu a doutrina mais especializada.

De resto, tem sido sobretudo em torno destes conceitos de «eticização» e de «*justiça distributiva*», alicerçando-se neste ideal ou fundamento ético associado ao imposto e consagrado constitucionalmente, que se têm desde cedo edificado as argumentações tendentes à criminalização do ilícito tributário, ou, se quisermos, à fundamentação de um «*discurso punitivo em matéria penal*»<sup>268</sup>,

<sup>268</sup> Para uma visão global da doutrina nacional no tocante à fundamentação de um “discurso punitivo em matéria penal”, vide SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais...*, *ob. cit.*, pp. 252 ss. Notando a crescente consciencialização da gravidade social dos crimes fiscais e considerando o comportamento contrário ao dever fiscal tão censurável, jurídica e eticamente, como qualquer outra violação de normas jurídicas, e até justificador de intervenção penal pela relevância comunitária que representa, por oposição às frequentes alegações dos que põem em causa a legitimidade das incriminações fiscais, referentes à subsidiariedade do direito penal, à gravosidade e desproporcionalidade do sistema tributário, entre outras, a que acrescem razões que convocam considerações de política criminal moderna relativamente à inadequação da pena de prisão às finalidades prosseguidas por tais incriminações, SILVA, Germano Marques da, “Imposto, Ética e Crime...”, *ob. cit.*, pp. 65 ss; destacando a importância da cobrança dos impostos para o funcionamento das actividades sociais do Estado e para o cumprimento das tarefas fundamentais para a sociedade, aponta o critério político-criminal da necessidade como o parâmetro decisivo legitimador da criminalização dos comportamentos atentatórios ao «Fisco», para isso necessitando a criminalização, para estar legitimada, de uma dimensão de última ratio (razões de subsidiariedade), alcançável quando inexistirem meios não criminais à disposição, e, em segundo lugar, quando os meios penais utilizados se revelarem aptos a tutelar eficazmente os bens ou valores que importa garantir (razões de eficácia), RODRIGUES, Anabela Miranda, “Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal”, *ob. cit.*, pp. 481 ss; defendendo, de pronto, o recurso aos princípios e meios sancionatórios penais, atentando às crescentes e escandalosas proporções que o fenómeno da evasão fiscal vem atingindo e que fazem com que a maioria dos crimes patrimoniais pareçam verdadeiras “bagatelas”, sem esquecer ainda a agravção da carga fiscal com os decorrentes sacrifícios acrescidos dos contribuintes que essa evasão origina, e que acrescem à tal progressiva relevância ética e aos objectivos de justiça distributiva do sistema fiscal, que conferem a este tipo de condutas um carácter especialmente censurável, DIAS, Augusto Silva, “O Novo Direito Penal Fiscal Não Aduaneiro...”, *ob. cit.*, pp. 17 ss; identificando a especial feição social do Estado de Direito como alicerce da criminalização do ilícito tributário, assenta a fundamentação ética do ilícito tributário numa ideia de “cidadania fiscal”, que se manifesta ao nível político e financeiro, NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal*, *ob. cit.*, pp. 423 ss. Igualmente, neste âmbito, DIAS, Jorge de Figueiredo / ANDRADE, Manuel da Costa, “O Crime de Fraude Fiscal...”, *op. cit.*, pp. 75 ss.

mediante o efeito catalisador que essa transição de um quadro em que os ilícitos deste tipo era vistos como «*Kavaliersdelikte*», para passarem a ser olhados como verdadeiras infracções criminais, despertou<sup>269</sup>.

Nesse sentido, a solução legalmente preferida pela previsão da pena privativa da liberdade como pena principal aplicável às pessoas singulares, no âmbito penal-fiscal, pareceu recolher logo a aprovação de boa parte da doutrina<sup>270</sup>, ainda mais quando não se prescindia da pena de multa, aplicável quer enquanto pena principal, quer também em alternativa à pena de prisão<sup>271</sup>. Mas, mais do que reputar-se como correcta esta opção legislativa, a pena de prisão é apontada como a sanção, em abstracto, mais adequada a este tipo de criminalidade por ser, não raras vezes, a única apta a responder eficazmente às (acrescidas) necessidades de promoção do consciente ético-fiscal que persistam, para além de não lhe poderem ser imputados os efeitos criminógenos e tóxicos vulgarmente conexos com o cumprimento deste tipo de pena<sup>272-273</sup> – aos quais já muito nos referimos ao longo deste estudo.

<sup>269</sup> Veja-se, aludindo ao advento dessa particular feição social do moderno Estado de Direito, NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal*, *ob. cit.*, pp. 423 ss. Ainda nesta órbita, PAIVA, Carlos, *Das infracções fiscais à sua persecução processual*, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 83 ss.

<sup>270</sup> Desde logo, inequivocamente, RODRIGUES, Anabela Miranda, “Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal”, *ob. cit.*, p. 484.

<sup>271</sup> Acrescentando que os “óbices” associados à utilização da pena de multa neste tipo de criminalidade são demasiados para que se possa prescindir da pena privativa da liberdade, RODRIGUES, Anabela Miranda, “Contributo para...”, *ob. cit.*, p. 484. Defendendo, a propósito da versão originária do DL n.º 20-A/90, de 15 de Janeiro, que a renúncia à pena privativa da liberdade no direito penal fiscal acarretava uma diminuição da capacidade de resposta do Estado num domínio da criminalidade caracterizado pelo recurso a meios e métodos com alguma sofisticação, pelo que a inclusão desta pena no leque de sanções aplicáveis a título principal permitia, precisamente, aumentar o aparato de reacções disponíveis, sem com isso retirar espaço à aplicação alternativa da multa à qual o juiz teria de dar preferência sempre que esta cumprisse de forma adequada as necessidades de prevenção, DIAS, Augusto Silva, “O Novo Direito Penal Fiscal Não Aduaneiro...”, *ob. cit.*, pp. 26 ss.

<sup>272</sup> Nesse sentido, RODRIGUES, Anabela Miranda, *idem*, p. 484.

<sup>273</sup> Esta é, aliás, uma perspectiva acompanhada por parte de alguma jurisprudência, da qual é demonstrativo o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 23 de Fevereiro de 2011 (processo 2760/05.05.3TAVNG.PI), que, apoiando-se na doutrina de Anabela Miranda Rodrigues, afirma que “nos crimes fiscais e parafiscais, a pena de prisão é, em abstracto, a pena mais adequada, por ser a única capaz de responder às necessidades de promover a consciência ética fiscal”, disponível em, <www.dgsi.pt>.

Por outro lado, não é nova a denúncia que parte da doutrina faz relativamente a uma ineficácia geral da pena de multa no domínio da criminalidade económica, como já referia Augusto Silva Dias<sup>274</sup>. Partindo da concepção nada inverosímil de os agentes destas actividades, mediante um cálculo de custos e benefícios, poderem perfeitamente concluir por ser vantajosa a assunção do risco que constitui a imposição de uma pena de multa, no caso de o lucro ilícito adquirido com o crime exceder as eventuais perdas decorrentes da determinação da pena de multa correspondentemente aplicável, o que revela o fraco alcance desta sanção ao nível da prevenção geral<sup>275</sup>. Por outro lado, sempre poderiam os custos derivados da aplicação desta pena ser rebatidos através de uma manipulação dos preços, repercutindo-se sobre os operadores económicos e, finalmente, sobre os consumidores<sup>276</sup>.

Razões mais do que suficientes para conduzirem à conclusão do efeito “político-criminalmente inócuo e mesmo perverso” de uma aplicação solitária e obrigatória da pena de multa a este âmbito, e que identicamente desaconselham a subtração da pena de prisão do leque de penas principais aplicáveis a estes crimes<sup>277, 278</sup>.

<sup>274</sup> Cfr. DIAS, Augusto Silva, “O Novo Direito Penal Fiscal Não Aduaneiro...”, *ob. cit.*, pp. 27 ss. Contra, GOMES, Nuno Sá, *Evasão Fiscal, Infracção Fiscal e Processo Penal Fiscal*, Lisboa: Rei dos Livros, 2000, p. 118.

<sup>275</sup> Veja-se, no mesmo sentido, POLAINO NAVARRETE, Miguel, “El delito fiscal: secuencias fallidas de una reforma penal”, in *EPC*, vol. IX, 1986, p. 182.

<sup>276</sup> Assim, DIAS, Jorge de Figueiredo, “Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal económico”, in *DPEE*, Vol. I: Problemas Gerais, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 384; DIAS, Augusto Silva, *ob. e loc. cit.*.

<sup>277</sup> Continuamos a acompanhar DIAS, Augusto Silva, “O Novo Direito Penal Fiscal Não Aduaneiro...”, *ob. cit.*, p. 27. Cfr. igualmente DIAS, Jorge de Figueiredo, “Breves considerações...”, *ob. cit.* p. 384; e, RODRIGUES, Anabela Miranda, “Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal”, *ob. cit.*, p. 486.

<sup>278</sup> Contudo, nem sempre se atendeu a estas razões, vingando, durante certo período de tempo, imbuído pelo espírito convocado pelos ideais de minimização da aplicação da pena detentiva e de inadequação estrutural da pena de prisão em termos da ressocialização, a doutrina que apontava a ideia de não serem estas penas as mais adequadas a este âmbito, devendo antes ser substituídas por sanções de diferente natureza, por sancionamentos de cunho pedagógico, num entendimento que chegaria a ter reflexo na legislação nacional, principalmente anterior a 1976, que então não reconhecia utilidade à pena privativa da liberdade quando aplicada ao âmbito do direito penal fiscal. Cfr. COSTA, José Manuel Cardoso da, *Curso de Direito Fiscal*, *ob. cit.*, p. 94. Segundo esta (não recente) corrente, de que era Eduardo Correia um dos principais proponentes em Portugal, nem a crescente *eticização* do direito

Com tudo isto não se vem advogar uma aplicação *tout court* da pena privativa da liberdade para este âmbito, mas tão só enfatizar os perigos de uma exclusão *a priori* da possibilidade da sua aplicação, quando a determinação da pena de multa não se mostre suficiente, sobretudo de um ponto de vista preventivo-geral, constituindo essas justamente as hipóteses em que caberá ao tribunal optar pela pena de prisão, devendo sempre dar preferência à pena de multa, de acordo com o regime geral, quando esta permita a conveniente e adequada realização das finalidades preventivas<sup>279</sup>. Associada a esta proposição está logicamente a ideia de «*ultima ratio*» do recurso às penas privativas, igualmente válida no direito penal fiscal, e “pressuposta que haja uma certa ressonância moral ou ético-jurídica do facto”, devendo predominar as medidas de carácter não institucional como a multa ou a pena suspensa<sup>280</sup>.

Portanto, a escolha mais frequente que o juiz possa fazer pela pena de prisão em relação à pena de multa no âmbito do direito penal económico e no direito penal fiscal, mais do que no direito penal geral, não será certamente alheia às especialidades que em termos sancionatórios – dos fundamentos,

fiscal justificava o recurso a qualquer arma do arsenal punitivo do direito penal comum, designadamente da pena de prisão, sendo antes aconselhada uma mais frequente utilização das penas pecuniárias. Ademais, argumentava-se que, numa altura marcada pela demanda pela progressiva limitação da aplicação destas penas, seria agora contraditório carregá-las para este domínio. O rumo seria o de conduzir os contribuintes à apreensão da importância do aparelho fiscal do Estado e do cumprimento dos seus deveres fiscais, privilegiando-se a educação e a consciencialização dos contribuintes, ao invés da previsão de penas rigorosas para o incumprimento dos deveres fiscais. À luz deste pensamento, as sanções haveriam que encarnar medidas de conteúdo pedagógico, de carácter educador e incitador dessa compreensão, susceptíveis de evitar a “indiferença moral dos indivíduos em face das leis tributárias”, abolindo-se a pena de prisão do direito penal fiscal. Nesse sentido, veja-se CORREIA, Eduardo, “Os artigos 10.º...”, *ob. cit.*, especialmente pp. 24-28. Ainda, apontando a um predomínio da pena de multa, ROSAL, Juan del, “Ideas sobre la aplicación de los principios de Derecho Penal a la infracción tributaria”, in *ADPCP*, 1963, T. XVI, p.16.

<sup>279</sup> Nessa perspectiva, DIAS, Augusto Silva, “O Novo Direito Penal Fiscal Não Aduaneiro...”, *ob. cit.*, p. 27; Anabela Miranda, “Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal”, *ob. cit.*, pp. 485 ss; DIAS, Jorge de Figueiredo, “Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal económico”, *ob. cit.*, pp. 384 ss.

<sup>280</sup> Veja-se CORREIA, Eduardo, “Introdução ao Direito Penal Económico”, in *DPEE*, Vol. I: Problemas Gerais, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 304-305; e ainda SOUSA, Alfredo José de, “Direito penal fiscal – uma perspectiva”, *ob. cit.*, p. 160.

sentido e limites das penas<sup>281</sup> – caracterizam a delinquência económica, designadamente das exigências acrescidas de intimidação e de dissuasão, ou se quisermos de prevenção geral de integração, que neste domínio se impõem, e por não se cumprirem, em muitos casos concretos, com a aplicação de uma pena de multa<sup>282</sup>. Acrescendo que nem considerações relacionadas com a prevenção especial<sup>283</sup> beliscam esta ilação, na medida em que – já vimos – a prisão não produzirá nestes delinquentes, por regra, os efeitos criminógenos que acarreta no delinquente comum, não havendo que reear as sequelas contraproducentes e irreversíveis do meio prisional<sup>284</sup>.

<sup>281</sup> Veja-se, desenvolvidamente, acerca das especificidades sancionatórias do direito penal económico em face do direito penal comum e de uma eventual «autonomização» do direito penal económico no que concerne ao nível sancionatório, DIAS, Jorge de Figueiredo, “Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal económico”, *ob. cit.*, pp. 375 ss. Ainda, fundamental neste âmbito, TIEDEMANN, Klaus, *Lecciones de Derecho Penal Económico (Comunitario, español, alemán)*, Barcelona: PPU, 1993, especialmente 31 ss; do mesmo Autor, “El concepto de derecho economico, de derecho penal economico y de delito economico”, in *RCD*, Vol. 10, 1983, pp. 59 ss

<sup>282</sup> Nesse sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo, “Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal económico”, *ob. cit.*, p. 383. Exigências acrescidas que derivam directamente da diminuída visibilidade destes delitos e conducente às elevadíssimas taxas de «cifras negras»; do lugar de privilégio no “processo de selecção ou recrutamento da delinquência” de que muitas vezes beneficiam os respectivos agentes, em função do seu *status* socioeconómico, e que tem reflexo sobretudo nas áreas de actuação dos «first-line-enforcers»; e, finalmente, das reconhecidas e particulares dificuldades de prova judiciária que nesta criminalidade surgem, promotoras de uma inusitadamente elevada percentagem de absolvições. Motivos que determinam as dilatadas exigências ao nível da prevenção geral positiva, em relação ao direito penal geral. Cfr., assim, DIAS, Jorge de Figueiredo, “Breves considerações...”, *ob. cit.*, pp. 379 ss; de igual modo, RODRIGUES, Anabela Miranda, “Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal”, *ob. cit.*, p. 485. Acerca do tratamento desigual dos criminosos de colarinho branco na administração da justiça penal, SANTOS, Cláudia Cruz, *O Crime de Colarinho Branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 197 ss.

<sup>283</sup> Cujos objectivos, neste âmbito criminoso, lembra Figueiredo Dias, não se prendem tanto com uma “estratégia de «recuperação social»”, tendo em vista as suas concepções sociais, ou com uma (res)socialização ao nível da inserção do delinquente na comunidade – dado a seu, em regra, reconhecido elevado grau de socialização, derivado do seu estatuto comunitário e da sua respeitabilidade social –, mas antes com um défice de “atitude pessoal perante uma especial orientação estadual em matéria sócio-económica”. Assim, DIAS, Jorge de Figueiredo, “Breves considerações...”, *ob. cit.*, pp. 382 ss.

<sup>284</sup> Veja-se DIAS, Jorge de Figueiredo, “Breves considerações...”, *ob. cit.*, pp. 383 ss.

Além de tudo o que ficou dito, ainda no que concerne às flutuações legislativas em matéria de punição das infracções fiscais, denote-se que, na sua essência, a orientação prevista no RJIFNA após a revisão de 1993 não mais se tornaria a modificar<sup>285</sup>, sobrevivendo na legislação penal-fiscal nacional a estatuição da pena de prisão enquanto sanção principal aplicável à orbita dos crimes tributários, operando o RGIT, inclusivamente, aquilo que se poderá considerar como um autêntico “reforço de *eticização*”, através do aumento do limite máximo da pena de prisão, que já se situa hoje nos 8 anos, a que acresceu o aumento do limite máximo de dias de multa para as pessoas singulares, para os 600 dias<sup>286</sup>.

## 2.2. As penas curtas neste âmbito: emergência da sua substituição ou recuperação da sua aplicabilidade?

Questão diferente da discussão acerca da razoabilidade da previsão da pena privativa da liberdade neste domínio, e possivelmente menos pacífica, tem que ver com a admissibilidade do recurso às penas curtas de prisão no âmbito penal-tributário. Ora, merece esta questão uma especial reflexão da nossa parte, tendo em conta os inúmeros inconvenientes que lhe têm sido apontados – e que já abordámos suficientemente em secção própria –, desde há algumas décadas, enquadrados naquele ideário global de combate à sua utilização,

<sup>285</sup> O RJIFNA viria inclusivamente a ver o seu campo de aplicação alargado às infracções atentatórias da segurança social, através do DL n.º 140/95, de 14 de Junho, definindo-se e penalizando-se os crimes contra a segurança social. Cfr. SOUSA, Susana Aires de, “A infracção fiscal (e a sua natureza)...”, *ob. cit.*, p. 53; nesta temática, MENEZES, Armando Faria, “Processo penal fiscal e de segurança social. Processo de averiguações dos crimes fiscais. Natureza jurídica, (Reflexões sobre o processamento dos crimes fiscais não aduaneiros e de Segurança Social)”, in *RPCC*, A. 7, 1997, pp. 445 ss.

<sup>286</sup> Cfr. o art. 12.º/1, do RGIT. *Vide*, em suma, NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal*, *ob. cit.*, pp. 422 ss. Fenómeno que – atenta Casalta Nabais – não se verifica exclusivamente entre nós, sendo disso demonstrativa a reforma do direito penal tributário italiano de 1999-2000, que operou o endurecimento das sanções, por via do Decreto Legislativo de 10 de Março de 2000, bem digerida em SCIELLO, Andrea, “Prime osservazioni sui nuovi reati tributari”, in *DPT*, Vol. LXXI, n.º 2, 2000, p. 312 ss. De resto, terá o legislador querido, com o RGIT, afastar definitivamente a ideia de constituírem as infracções fiscais meros “delitos de cavalheiros”, como se atesta em, MINISTÉRIO DAS FINANÇAS, *Anteprojecto do Regime Geral das Infracções Tributárias*, Lisboa: Ministério das Finanças, 1999, p. 5.

o conhecido e célebre «*movimento de luta contra as penas de prisão*», especialmente combatente das penas de curta duração e que marcou decisivamente o quadro da política criminal moderna, nacional e internacional, com reflexos evidentes ao nível do desenvolvimento e promoção de meios alternativos a elas, de entre os quais merece destaque óbvio o mecanismo das penas de substituição<sup>287</sup>.

Neste quadro, já há muito se vem defendendo a especial adequação da pena de prisão de curta duração, mais do que outros meios sancionatórios, em relação a determinado tipo de agentes e a certo tipo de criminalidade, visando-se designadamente os casos da criminalidade económica ou da criminalidade «*white-collar*»<sup>288</sup> – e, evidentemente, igualmente da criminalidade tributária em particular<sup>289</sup> –, tendo-se portanto em vista indivíduos de estatuto socioeconómico médio-elevado<sup>290</sup>.

Sendo assim, este pensamento parece radicar na ideia de que este tipo de pena apresentaria um efeito «*de choque*» extremamente positivo nestes criminosos – considerando-se o designado efeito «*sharp-short-shock*», popular na doutrina anglo-americana –, por regra pouco vulneráveis à multa pecuniária, a que acresceria uma desnecessidade de ressocialização, por se tratarem, via da regra, de indivíduos adaptados à sociedade ou «*socializados*»<sup>291</sup>. Por conseguinte, nestas hipóteses, haveria uma especial utilidade e conveniência na aplicação desta sanção de curta duração (ou mesmo de muito curta duração), em função do seu efeito intimidativo de maior ressonância sobre pessoas de elevada estatura socioeconómica, ao contrário de sanções como a multa,

<sup>287</sup> Matéria que já tivemos oportunidade de abordar suficientemente nos primeiros pontos deste trabalho. *Vide supra*, o capítulo I.

<sup>288</sup> Veja-se, em torno do conceito de crime de colarinho branco, SANTOS, Cláudia Cruz, *O Crime de Colarinho Branco...*, *ob. cit.*, pp. 53 ss.

<sup>289</sup> Sobre o relacionamento entre o direito penal económico e o direito penal fiscal, veja-se SOUSA, Alfredo José de, “Direito penal fiscal...”, *ob. cit.*, pp. 154 ss.

<sup>290</sup> Nesse mesmo rumo DIAS, Augusto Silva, “O Novo Direito Penal Fiscal Não Aduaneiro...”, *ob. cit.*, pp. 27 ss.

<sup>291</sup> Veja-se RODRIGUES, Anabela Miranda, “Critério de escolha das penas de substituição no Código Penal Português”, *ob. cit.*, pp. 12 ss; igualmente DIAS, Jorge de Figueiredo, “Os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português do Futuro”, *ob. cit.*, pp. 35 ss; e DIAS, Augusto Silva, “O Novo Direito Penal Fiscal Não Aduaneiro...”, *ob. cit.*, pp. 27-28. Do mesmo modo, em obra crucial, COSTA, José de Faria, *Direito Penal Económico*, Coimbra: Quarteto Editora, 2003, pp. 91 ss.

e em relação às quais não haveria então que temer o efeito dessocializador e corruptor da pena privativa da liberdade<sup>292</sup>. Acresce a esse efeito particularmente acentuado que esta pena produz sobre delinquentes da classe média e elevada – corroborado por investigações criminológicas<sup>293</sup> –, comprometedor do respectivo estatuto social, a sugestão de que a sua breve duração permitiria ultrapassar alguma tradicional resistência dos tribunais na aplicação de penas de prisão aos agentes de crimes fiscais<sup>294</sup>.

Por outras palavras, esta reabilitação da pena curta de prisão para o âmbito da criminalidade económica, e para a tributária em particular, dentro da ideia de adequação da pena de prisão aos crimes tributários, prende-se concretamente com uma apontada susceptibilidade para produzir “aumentos exponenciais de taxas de eficácia”, mediante a invocação de factores com a “sensibilidade à pena” e a “susceptibilidade de se ser influenciado” por ela<sup>295</sup>. Na visão de Anabela Miranda Rodrigues, não sendo de desconsiderar, aqui, eventuais “sentimentos de vergonha social” provindos da aplicação da pena de prisão, por se tratarem afinal, em geral, de elementos de *status* socioeconómico médio-alto, as penas curtas parecem oferecer uma possibilidade de

<sup>292</sup> Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, “A Pena de Multa de Substituição”, *ob. cit.*, p. 164. Referindo-se ao possível (embora não completamente comprovado) efeito positivo destas penas em certos grupos de delinquentes, WEIGEND, Thomas / JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, Granada: Comares, 2002, p. 818. Da mesma maneira, salientando o efeito preventivo-geral desta sanção, TIEDEMANN, Klaus, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität I, Allgemeiner Teil*, Reinbek bei Hamburg: Rowohlt, 1976, p. 247, e do mesmo Autor, *Poder Economico y Delito: Introduccion al derecho penal economico y de la empresa*, Barcelona: Ariel Derecho, 1985, pp. 162 ss (*apud* DIAS, Augusto Silva, “O Novo Direito Penal Fiscal Não Aduaneiro...”, *ob. cit.*, p. 27); DIAS, Augusto Silva, “O Novo Direito Penal Fiscal Não Aduaneiro...”, *ob. cit.*, p. 27. Ainda, acerca da eficácia das penas curtas de prisão nos delitos económicos e do seu efeito, particularmente intenso sobre delinquentes pertencentes à classe média-alta, LEIGH, M. L. H., “Politique et mesures pénales relatives aux infractions économiques”, in *Aspects Criminologiques de la Délinquance d’Affaires: Rapports présentés à la douzième Conférence de directeurs d’instituts de recherches criminologiques (1976)*, Strasbourg: Conseil de l’Europe, 1978, pp. 130 ss.

<sup>293</sup> Desde logo, LEIGH, M. L. H., “Politique et mesures pénales relatives aux infractions économiques”, *ob. cit.*, especialmente pp. 130 ss.

<sup>294</sup> Assim, DIAS, Augusto Silva, “O Novo Direito Penal Fiscal Não Aduaneiro...”, *ob. cit.*, p. 28; RODRIGUES, Anabela Miranda, “Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal”, *ob. cit.*, p. 484.

<sup>295</sup> Neste sentido, RODRIGUES, Anabela Miranda, “Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal”, *ob. cit.*, p. 484.

influência positiva relativamente a estes agentes<sup>296</sup>. Complementando-se a tais razões essa inaplicabilidade (ou, pelo menos, uma substancial atenuação) do repertório de inconvenientes associados a estas sanções de curta duração, diz-se que os indivíduos abrangidos por estas hipóteses são imunes a esses efeitos ou, pelo menos, detentores de um “maior potencial de *delabelling*”<sup>297</sup>.

Em contrapartida, parecem neste domínio continuar a vigorar os sugeridos perigos relacionados com uma aplicação *sharp-short-shock* da pena curta de prisão a estes elementos de condição económica elevada, na medida em que, se se pode argumentar que não corrompem, ou que não há nestes casos o risco de efeitos dessocializantes, ou que esses riscos são mitigados, não é menos verdade que transporta consigo uma ameaça de um choque psicológico necessariamente mais proeminente, dado esse estatuto dos agentes a que se dirigem, e consequentemente potenciador, para além do necessário, das sequelas estigmatizantes da pena privativa da liberdade<sup>298</sup>.

Depois, deve observar-se que a utilização da pena de prisão de breve duração nestas hipóteses, não se prende tanto com o estatuto pessoal do agente, mas sobretudo com a natureza da infracção cometida, e em relação à qual esta pena se mostra especialmente eficaz e pertinente, sendo por isso absolutamente de evitar uma aplicação indiscriminada, isto é, um recurso ao efeito *sharp-short-shock* da pena curta a todos os delinquentes deste tipo de criminalidade em relação a quaisquer crimes que cometam<sup>299</sup>.

<sup>296</sup> Assim, continuamos a acompanhar RODRIGUES, Anabela Miranda, *ob. cit.*, p. 484.

<sup>297</sup> Vide RODRIGUES, Anabela Miranda, *ob. cit.*, p. 484; e, da mesma Autora, “Direito penal fiscal”, *ob. cit.*, p. 547. De igual forma, DIAS, Jorge de Figueiredo, “Breves considerações...”, *ob. cit.*, pp. 384 ss.

<sup>298</sup> Veja-se RODRIGUES, Anabela Miranda, “Critério de escolha das penas de substituição no Código Penal Português”, *ob. cit.*, p. 14; seguindo idêntico rumo, sem, todavia, excluir uma avaliação positiva deste efeito “só em certos e muito contados casos”, DIAS, Jorge de Figueiredo, “A Pena de Multa de Substituição”, *ob. cit.*, p. 164.

<sup>299</sup> Atentamente, DIAS, Jorge de Figueiredo, “Os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português do Futuro”, *ob. cit.*, pp. 35-36; e também, RODRIGUES, Anabela Miranda, “Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal”, *ob. cit.*, p. 484. Em referência à corrente que reanima a pena (muito) curta de prisão em nome de um «*choc psychologique*» supostamente benéfico tanto para a colectividade como para o próprio indivíduo, ANCEL, Marc, “Aspects juridiques du probleme”, in *RPDP*, Vol. 100, 1976, p. 709. Por sua vez, partindo da proposta político-criminal de eliminação da pena de prisão inferior a 6 meses, acompanha os desenvolvimentos de política criminal internacional no sentido da recuperação da pena de prisão de curta duração para determinados contextos,

De resto, a afirmada especial adequabilidade e aptidão da pena de prisão de breve duração neste campo, que a torna numa sanção susceptível de ser determinada pelo julgador e que por isso não se deve excluir do leque de medidas à sua disposição, em nada contende com a regra geral da preferência que sempre deve ser dada à pena de multa em relação à pena privativa da liberdade, mas significando tão-só a conveniência da sua aplicação quando as necessidades do caso concreto assim o exigam<sup>300</sup>.

*Last but not least*, um último apontamento se exige, tornando-se premente sublinhar nesta fase que, com o que agora se vem dizendo – à semelhança do que já se disse em relação à pena detentiva em si –, não se pretende dora-vante afirmar a negação dos inúmeros e incalculáveis inconvenientes de que padecem as penas de curta duração e que já foram aqui devidamente documentados, na esteira de um modelo de política-criminal reinante desde há décadas. Aquilo que se propõe é simplesmente atrair para este debate a (de maneira alguma inconcebível) tese da peculiar conveniência destas sanções nos campos do direito penal económico e do direito penal fiscal que, sob um argumentário que se mostra procedente, se nos afigura como inteiramente crível e aceitável, o que – mais uma vez reforçamos – não equivale à sua aplicação a todos e quaisquer casos que envolvam delinquentes destas formas de criminalidade, numa circunstância que acaba constituindo (mais) uma *particularidade punitiva* do direito penal fiscal em relação ao direito penal geral, traduzida no facto de as penas curtas de prisão muitas vezes bastarem para a satisfação das exigências de prevenção geral, ao mesmo tempo que incorporam uma especial aptidão para cumprir as necessidades preventivo-especiais<sup>301</sup>.

sem deixar de criticar a alegada eficácia e também a reclamada imperiosidade do seu efeito «*shock*», ROXIN, Claus, “El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo”, in *DP*, A. 2, n.ºs 5-8, 1979, pp. 515 ss.

<sup>300</sup> Assim, DIAS, Jorge de Figueiredo, “Breves considerações...”, *ob. cit.*, p. 384.

<sup>301</sup> Em conclusão sóbria, RODRIGUES, Anabela Miranda, “Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal”, *ob. cit.*, p. 489. Cfr., igualmente, DIAS, Jorge de Figueiredo, “Breves considerações...”, *ob. cit.*, p. 384.

### 2.3. As sanções penais no RGIT, com a problemática das penas de substituição no horizonte

Sintonizados que estamos, enfim, no quadro das consequências jurídicas dos crimes tributários, caberá agora voltarmos as nossas atenções para a concreta análise das sanções legalmente previstas no RGIT para estas infracções, procurando incidir a nossa reflexão em torno do papel que o instituto das penas de substituição assume neste terreno tão particular.

Dessarte, tal como sucede no Código Penal no que concerne ao âmbito do direito penal comum, também o Regime Geral das Infracções Tributárias, enquanto codificação de carácter especial, determina especificamente penas principais e penas acessórias a aplicar aos crimes tributários, atinentes quer às pessoas singulares quer aos entes colectivos e equiparados<sup>302</sup>. Assim, genericamente, de acordo com o seu art. 12.º, se no tocante aos crimes tributários praticados por pessoas singulares se prevê a aplicação de pena de prisão até 8 anos ou a multa de 10 até 600 dias<sup>303</sup>, já no que respeita aos crimes tributários cometidos por pessoas colectivas apenas se prevê a aplicação da pena de multa a título principal, podendo esta oscilar entre os 20 e os 1920 dias<sup>304</sup>. De resto, nos termos do art. 15.º, a cada dia de multa corresponderá uma quantia entre €1 e €500, no caso de pessoas singulares, e entre €5 e €5000, tratando-se de entidades colectivas ou equiparadas<sup>305</sup>. Adjacente a estes limites, naturalmente que as penas correspondentes a cada crime se encontram fixadas na respectiva tipologia legal, dispondo o art. 12.º/3 do RGIT a regra de os limites, mínimo e máximo, estabelecidos nos diferentes tipos legais de crimes para as pessoas singulares serem elevados para o dobro no caso de serem aplicados a pessoas colectivas, salvo estatuição legal em contrário<sup>306</sup>.

<sup>302</sup> A este nível, SILVA, Isabel Marques da, *Regime Geral das Infracções Tributárias*, ob. cit., pp. 103 ss.

<sup>303</sup> Cfr. o art. 12.º/1 do RGIT.

<sup>304</sup> Note-se que tal regime se dirige a pessoas colectivas, sociedades, ainda que irregularmente constituídas, e outras entidades fiscalmente equiparadas. Cfr. o número 2 do art. 12.º do RGIT.

<sup>305</sup> Que o tribunal fixa em função da situação económica e financeira do condenado e seus encargos. Veja-se o art. 15.º/1 do RGIT.

<sup>306</sup> Cfr. o art. 12.º/3 do RGIT. Neste âmbito, SILVA, Isabel Marques da, *Regime Geral das Infracções Tributárias*, ob. cit., p. 104. A Comissão de Revisão terá procurado, com esta norma,

Além disso, ao lado das penas principais de prisão e de multa, o RGIT avança com a estatuição de um conjunto de penas acessoriamente aplicáveis aos agentes de crimes tributários<sup>307</sup>, no seu art. 16.º, isto é, aplicáveis após a condenação numa pena principal, juntamente com esta<sup>308</sup>, cumprindo-se os pressupostos do art. 17.<sup>º309</sup>.

Quanto à problemática da escolha e determinação da medida da pena, parece que se deve proceder nos termos gerais do Código Penal<sup>310</sup>, remetendo-se a escolha necessariamente para os artigos 70.º e 71.º do CP<sup>311</sup>. Ademais, a única especialidade que se impõe a este nível, no âmbito da criminalidade

reforçar a protecção do bem jurídico, mediante a agravção da pena a aplicar às pessoas colectivas e equiparadas – orientação que já vinha do DL n.º 394/93 de 24 de Novembro. Nesse sentido, SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Tributário...*, *ob. cit.*, p. 131; igualmente, o próprio anteprojecto do RGIT, MINISTÉRIO DAS FINANÇAS, *Anteprojecto...*, *ob. cit.*, p. 15.

<sup>307</sup> Dentro desta temática em particular, veja-se CARVALHO, José da Fonseca, “Sanções acessórias no âmbito do Regime Geral das Infracções Tributárias”, in *III Congresso de Direito Fiscal*, Porto: Vida Económica, 2013, pp. 217 ss; também, PINTO, António Augusto Tolda / BRAVO, Jorge dos Reis, *Regime Geral das Infracções Tributárias...*, *ob. cit.*, pp. 70 ss.

<sup>308</sup> De resto, para além da prévia condenação numa pena principal, para que tenha lugar a determinação de uma pena acessória é necessário ainda que o juiz comprove, no facto, um determinado conteúdo do ilícito, justificador material da aplicação da pena acessória. Nestes termos, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português...*, *ob. cit.*, p. 158.

<sup>309</sup> Que, além dos pressupostos aí transcritos, remete para a necessidade de respeito dos requisitos previstos no regime do CP, a que correspondem ao art. 65.º e seguintes.

<sup>310</sup> Nesse sentido, SILVA, Isabel Marques da, *Regime Geral das Infracções Tributárias*, *op. cit.*, pp. 104-105; SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Tributário...*, *ob. cit.*, p. 132. Cfr., igualmente, CATARINO, João Ricardo / VICTORINO, Nuno, “O regime sancionatório das infracções às leis fiscais”, in *Lições de Fiscalidade, Vol. I – O Sistema Tributário Português*, Coimbra: Almedina, 2013, p. 504; e, RIBEIRO, José Antunes, *Regime Geral das Infracções Tributárias (fiscais, aduaneiras e contra a segurança social)*, *Anotado e Comentado, Legislação Complementar*, Lisboa: Quid Juris?, 2002, p. 46.

<sup>311</sup> Referentes ao “Critério de escolha da pena” e à “Determinação da medida da pena”, que, em suma, impõem a preferência pela aplicação da pena não privativa da liberdade no caso de ao crime serem aplicáveis, em alternativa, pena de prisão e pena não detentiva (art. 70.º do CP), e que a medida concreta da pena deve ser aferida em função da culpa do agente e das exigências de prevenção, bem como ainda se deve olhar a todas as circunstâncias que depuseram a favor ou contra o agente, devendo ser sempre fundamentada na sentença a medida da pena que for optada (art. 71.º do CP). No mesmo sentido, Anabela Miranda, “Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal”, *ob. cit.*, p. 485. Por exemplo, apontando aos critérios dos arts. 70.º e 71.º do CP para a substituição de pena de prisão por multa, em caso de crime de abuso de confiança contra a segurança social (art. 107.º do RGIT), o Ac. do TRL de 17-05-2016 (processo 519/10.ITA0ER.L3-5), disponível em <www.dgsi.pt>.

tributária, prende-se com o art. 13.º do RGIT e com a necessidade de se atender, sempre que possível, ao prejuízo causado pelo crime<sup>312</sup>, a que corresponderá a diminuição patrimonial que a Administração Tributária sofreu em consequência do crime, isto nos casos em que o prejuízo não tenha sido reparado espontaneamente, antes da determinação da pena, designadamente quando se tenha em vista a dispensa da pena, conducente ao arquivamento do processo (veja-se os arts. 22.º e 44.º do RGIT)<sup>313</sup>.

No que concerne à aplicabilidade das penas de substituição a este domínio, uma resposta rigorosa acha-se significativamente mais dificultada. Se no Regime Geral das Infracções Tributárias as coisas parecem relativamente pacíficas no que se limita às penas principais aplicáveis aos crimes tributários e às penas acessoriamente admissíveis – cujo regime surge inequivocamente expresso e com suficiente clareza na disciplina legal, como vimos –, já no que respeita ao terceiro grande grupo de sanções penais<sup>314</sup>, isto é, à problemática da substituição da pena no tocante às hipóteses criminosas abarcadas pelo RGIT, uma solução não imprecisa surge deveras mais dificultada.

Assim, salvo o regime que concretamente edifica para a suspensão da execução da pena de prisão, no seu art. 14.º – pelas suas particularidades merecedor de uma abordagem aprofundada, a que adiante (re)tomaremos –, não restam dúvidas de que o legislador penal-tributário não teve a preocupação de esboçar qualquer regime particularizado de substituição das penas aplicadas a crimes sob a alçada do direito penal tributário. Por conseguinte, desta aparente inexactidão, susceptível de despoletar incertezas transpostas para os meios judiciais e jurisdicionais, motivada pela circunstância de o RGIT se limitar a estabelecer a disciplina da suspensão, sem cuidar de se pronunciar acerca de um regime especial e completo da substituição da pena, podem pôr-se algumas dúvidas. Desde logo, pondo-se a questão de perceber as motivações que guiaram o legislador do RGIT no sentido da previsão desta pena de

<sup>312</sup> Cfr. o art. 13.º do RGIT. Nesta matéria, ANTUNES, Paulo Rodrigues, *Infracções Fiscais e seu Processo – Regime Geral Anotado, Actualizado segundo as alterações orçamentais de 2003/2004*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 36.

<sup>313</sup> Vide SILVA, Germano Marques da, *últ. ob. cit.*, p. 132. No mesmo sentido, PINTO, António Augusto Tolda / BRAVO, Jorge dos Reis, *Regime Geral das Infracções Tributárias...*, *ob. cit.*, p. 62.

<sup>314</sup> Optando por uma compilação das sanções penais em três tipos fundamentais, ANTUNES, Maria João, *Consequências Jurídicas do Crime*, *ob. cit.*, pp. 22 ss.

substituição e não de outras. Afinal de contas, a que se deve a previsão de um regime autónomo da suspensão da pena de prisão, quando não se teve a preocupação de erigir um regime completo da substituição da pena? Ou melhor, porque quis o legislador estabelecer uma disciplina especial para esta pena de substituição e não para outras? Depois, ao nível da aplicabilidade das restantes penas de substituição, será que têm neste âmbito a aplicação que lhes é configurada no CP? Será que o facto de não constarem do RGIT exclui a possibilidade de serem aplicadas aos agentes de crimes tributários? Será que medidas como a pena de multa de substituição, a proibição do exercício de profissão, função ou actividade ou a prestação de trabalho a favor da comunidade mantêm na área da criminalidade tributária vigor idêntico àquele com que surgem configuradas no CP? E que papel se reserva às soluções sancionatórias substitutivas de carácter detentivo, como o regime de semidetenção, a prisão por dias livres ou mesmo o regime de permanência na habitação? Será que em virtude da estruturação da disciplina sancionatória do RGIT, que se limita a estatuir um regime especial de suspensão da execução da pena de prisão, já não haverá espaço, no âmbito penal-tributário, para o conjunto de virtudes inabaláveis que encerram as penas de substituição, sobretudo as de índole não detentiva, e em relação às quais tanto nos temos referido ao longo do presente estudo, não nos abstendo de as elogiar? E se são aqui igualmente aplicáveis estas medidas substitutivas, como terá lugar a substituição da pena? Então afinal, em que termos se pode proceder à substituição da pena de prisão aplicada a agente de crime tributário por pena de multa ou outra qualquer medida de substituição de carácter institucional ou não institucional? Bem se vê não ser insignificante o espaço que estas *nuances* do RGIT deixam à geração de inquietações...

Neste quadro – e abstendo-nos, para já, de cuidar procurar respostas para as interrogações relativas à suspensão da pena, que deixamos em suspenso até ao próximo capítulo –, nada dispondo o Regime Geral das Infracções Tributárias, estamos em crer que haverá aqui lugar à aplicação do previsto no regime geral do direito penal comum para esta matéria, pelo que a substituição da pena privativa da liberdade imposta a pessoas singulares se processará, ao que tudo indica, nos termos gerais dos artigos 43.º e seguintes do CP. Esta solução afigura-se, deste modo, como o remédio mais sensato, também em concordância com o art. 3.º do RGIT e com o princípio da aplicação subsidiária

do Código Penal quanto aos crimes tributários, não sendo de estranhar, por isso, que seja a solução preferida pela doutrina<sup>315</sup>.

Deste modo, não pode deixar de reconhecer-se que a previsão isolada da suspensão da execução da pena neste Regime acaba fomentando alguma estranheza, posto que, em relação às restantes penas de substituição existentes no direito penal geral e ao próprio modo de exercício da substituição da pena, já não teve o legislador a preocupação de esboçar um regime específico, deixando tais problemáticas à alçada – ao que tudo parece indicar – do regime geral do Código Penal.

De resto, já a versão originária do RJIFNA nada dispunha quanto à possibilidade de substituição das penas, limitando-se a referir-se à suspensão da execução da pena de prisão, no seu art. 11.º/5, a propósito da pena de multa, estatuinto da hipótese de figurar, de entre os deveres a impor ao condenado “em caso de suspensão da execução da pena”, a obrigação de pagamento prévio da dívida de imposto e acréscimos legais<sup>316</sup>. Após as alterações introduzidas pelo DL n.º 394/93, que trouxe consigo a previsão da pena de prisão a título de sanção principal aplicável às pessoas singulares<sup>317</sup>, logo foi consagrada expressamente a admissibilidade de suspensão da pena nos números 6 e 7 do art. 11.<sup>º318</sup>.

Anteriormente, de modo diverso, o DL n.º 619/76, de 27 de Julho, que criminalizou as infracções tributárias mais graves, punindo-as com pena de prisão, ao mesmo tempo que previa explicitamente a admissibilidade de substituição da pena de prisão por multa – mas unicamente por multa<sup>319</sup> –, estabelecia a inadmissibilidade do benefício da suspensão da pena no direito penal tributário<sup>320-321</sup>.

<sup>315</sup> Nessa mesma direcção, SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Tributário...*, ob. cit., pp. 132 ss; igualmente, PAIVA, Carlos, *Das infracções fiscais à sua persecução processual*, ob. cit., pp. 264 ss.

<sup>316</sup> Cfr. o art. 11.º/5, da versão originária do DL n.º 20-A/90.

<sup>317</sup> Veja-se o art. 9.º/1, dado pela redacção do DL n.º 394/93.

<sup>318</sup> Cfr. os arts. 11.º/6 e 11.º/7 do RJIFNA, na referida versão posterior ao DL n.º 394/93.

<sup>319</sup> Vide o art. 4.º/1 deste primitivo diploma, que instituiu o regime de substituição da pena de prisão por multa.

<sup>320</sup> Veja-se o art. 6.º, que peremptoriamente negava a hipótese de suspensão.

<sup>321</sup> Atente-se que se optou, nesta fase, por não se analisar desenvolvidamente estes preceitos, pois a eles voltaremos aquando do tratamento específico que adiante fazemos do mecanismo da suspensão da execução da pena no RGIT.

## CAPÍTULO III – A SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DA PENA DE PRISÃO NO REGIME GERAL DAS INFRACÇÕES TRIBUTÁRIAS

### 1. A suspensão da execução da pena de prisão no RGIT

#### 1.1. Considerandos preliminares

Traçada uma inexcusável panorâmica global a respeito do peculiar domínio jurídico-penal de que neste momento nos ocupamos e feita uma meditação em torno da problemática das penas no direito penal fiscal, é chegado o momento de centrarmos a nossa reflexão na concreta e *sui generis* disciplina que a Lei n.º 15/2001, de 15 de Junho, institui para a suspensão da execução da pena de prisão.

Com efeito, se no que respeita às restantes penas substitutivas da pena de prisão o Regime Geral das Infracções Tributárias nada dispõe, colhendo aplicação, nesse domínio, as normas relevantes do Código Penal, já no correspondente à pena de suspensão o legislador tratou de estabelecer um regime especial, previsto no artigo 14.º do RGIT. Assim sendo, acontece que, diferentemente do que sucede com outros ramos do direito penal secundário e com outras legislações penais avulsas, o RGIT erige, para a suspensão da execução da pena, uma disciplina própria e distinta da firmada no regime geral do Código Penal.

Encontrando-nos, aqui, pois, perante um ecossistema específico, sujeitando-se a suspensão das penas aplicadas a agentes de crimes tributários a um regime jurídico particular e determinado, que extravasa dos quadros do regime clássico com que este mecanismo surge delineado na codificação penal geral, impõe-se, por isso, a sua cuidadosa análise, em função das múltiplas inquietações que sugere e das abundantes dificuldades de interpretação que o seu regime tem suscitado, quer no questionamento dogmático quer na prática jurisdicional, e que o convertem numa fonte inesgotável de dubiedades<sup>322</sup>.

<sup>322</sup> Vide CATARINO, João Ricardo / VICTORINO, Nuno, *Infracções Tributárias: anotações ao regime geral*, ob. cit., p. 163; e SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Tributário...*, ob. cit., p. 133.

## 1.2. Dos seus antecedentes legais no direito (penal) tributário

Pese embora seja indiscutível que se trata de um regime que constitui, de certa maneira, uma “novidade” no direito penal, dada a sua incomum conformação, em virtude da especialidade dos condicionalismos que convoca, principalmente quando confrontado com a disciplina geral a que Código Penal submete esta figura, não é propriamente como uma novidade, ou melhor, como uma inovação, que surge enquadrado no direito sancionatório tributário, uma vez que se refere a um dispositivo que, com maiores ou menores similitudes, já estava presente noutros diplomas que precederam o RGIT, sendo portanto vários os seus antecedentes ao nível do direito tributário<sup>323</sup>. De mais a mais, para uma correcta compreensão e para um completo diagnóstico dos seus (não pacíficos) circunstancialismos, bem como das motivações que conduziram o legislador à sua formulação, torna-se imprescindível uma expedição pelos principais antecedentes legais desta instituição no direito penal tributário, não enjeitando a sua apreciação contextualizada, procurando ter presente as oscilações que, ao nível das orientações político-criminais, têm caracterizado, pelo menos até certo ponto, o nosso direito penal fiscal, ao longo das últimas décadas, sobretudo em temáticas como a criminalização e punição das infracções tributárias – sobre as quais já reflectimos em ponto anterior.

Nestes termos, recuando quatro décadas, parece que nem a lacónica previsão – e, já agora, bastante curiosa – da interdição do recurso à suspensão da pena que o primevo Decreto-Lei n.º 619/76, de 27 de Julho, determinava, no seu art. 6.<sup>º</sup><sup>324</sup>, foi suficiente para privar a admissibilidade ao seu recurso que, posteriormente, a legislação tributária recuperaria, designadamente através do RJIFNA<sup>325</sup>. De todo o modo, esse primeiro diploma, que passava a

<sup>323</sup> A este nível, SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Tributário...*, ob. cit., pp. 134 ss.

<sup>324</sup> Que dispunha, sem mais: “Não há suspensão condicional da pena aplicada a qualquer infracção tributária”.

<sup>325</sup> A respeito da problemática da suspensão da pena nas sanções fiscais, não deixa de interessar o DL n.º 237/70, de 25 de Maio, que, versando sobre o imposto de transacções, entre outras matérias, admitia especialmente, por via judicial, a suspensão condicional das penas respeitantes a infracções ao Código do Imposto de Transacções, excepto nas hipóteses em que o infractor tivesse cometido infracção dolosa a preceitos desse diploma, nos cinco anos anteriores (art. 17.º/1 deste inveterado documento). Complementarmente, as condições de

punir com pena de prisão as infracções de maior montra, tinha como uma das suas principais premissas a eliminação do “benefício da suspensão da pena” do direito penal tributário, sob a fundamentação de que, a admitir-se como regra a suspensão, poderia dar-se o caso de se tratar mais benevolmente as infracções punidas com pena de prisão do que infracções menos gravosas punidas apenas com multa<sup>326</sup>. Esta opção, conjuntamente com a integração das penas privativas da liberdade nesta esfera, inseria-se claramente numa atitude de endurecimento do combate aos fenómenos da evasão e da fraude fiscal, tendo-se especialmente em vista as infracções tributárias mais graves, que se pretendia que fosse mais eficaz, para isso accionando-se medidas de maior severidade e frustrando-se mecanismos mais tolerantes como a pena suspensa<sup>327</sup>. Resultava de tal visão a abolição da suspensão da pena em relação a todas as infracções tributárias, incluindo aquelas para as quais se passava a estabelecer pena de prisão, através do citado Decreto-Lei<sup>328</sup>.

Posteriormente, já no que concretamente concerne aos antecedentes legais mais próximos deste mecanismo, é fundamentalmente no art. 11.º/7 do revogado RJIFNA, na formulação fornecida após as modificações operadas pelo DL n.º 394/93, de 24 de Novembro, que encontramos o preceito em que se funda o dispositivo hoje estampado no art. 14.º do RGIT<sup>329</sup>. Todavia, assim não sucedia na versão originariamente publicada do RJIFNA em 1990, onde

suspensão dependeriam de proposta do Ministério Público, devendo essencialmente incidir sobre a adopção das técnicas estabelecidas na lei sobre documentação e normas contabilísticas (art. 17.º/2). Sobre o entendimento seguido nesta legislação, na esteira do que já fora sido sustentado jurisprudencialmente em matéria de sisa, pelo Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 31 de Julho de 1963, *vide* CATARINO, João Ricardo / VICTORINO, Nuno, *Infracções Tributárias: anotações ao regime geral*, *ob. cit.*, pp. 160-161.

<sup>326</sup> Cfr. o preâmbulo do mencionado Decreto-Lei.

<sup>327</sup> Cfr. o referido preâmbulo. Sobre as inovações trazidas por este diploma, SILVA, Germano Marques da, “Imposto, Ética e Crime...”, *ob. cit.*, pp. 76 ss. Dentro deste âmbito, focando particularmente os problemas de constitucionalidade levantados por este texto legal, não se abstendo de analisar as suas principais linhas, MARTINS, Castro / MALHEIROS, Macaísta, “A pena de prisão no direito fiscal”, *ob. cit.*, pp. 43 ss.

<sup>328</sup> Sobre isso, CATARINO, João Ricardo / VICTORINO, Nuno, *Infracções Tributárias: anotações ao regime geral*, *ob. cit.*, p. 162.

<sup>329</sup> Isso mesmo é reconhecido no anteprojecto deste diploma, *in* MINISTÉRIO DAS FINANÇAS, *Anteprojecto...*, *ob. cit.*, nas observações relativas ao seu art. 14.º, na p. 39.

somente se reconhecia, no art. 11.º/5<sup>330</sup>, a eventualidade de suspensão da pena, a propósito da estatuição da pena de multa, que nesse diploma se previa como a única pena principal – sem prejuízo da aplicação alternativa da pena de prisão, mas apenas no caso de não pagamento da multa, à qual se acometia portanto a função de simples alternativa<sup>331</sup>. O regime da suspensão da execução da pena subscrito no RJIFNA viria, porém, a sofrer vigorosas alterações, concebendo-se uma disciplina verdadeiramente própria e reforçada, com a entrada em cena do DL n.º 394/93, que alterou o RJIFNA, passando a admitir-se expressamente este mecanismo, na renovada redacção do art. 11.º/6<sup>332</sup>, e sujeitando-o às particularidades previstas no número seguinte – numa arquitectura que era, na sua globalidade, equivalente à que encontramos hoje no hodierno art. 14.º do RGIT.

Desse modo, a partir daquele momento, a suspensão da execução da pena passava a ser admitida para agentes de crimes fiscais desde que – e só nessa condição –, cumprindo-se o disposto para esta medida no Código Penal, se efectuasse o pagamento ao Estado, dentro do prazo fixado pelo juiz, do imposto e acréscimos legais ou do montante dos benefícios indevidamente obtidos e, adicionalmente, caso o tribunal o entendesse, de quantia até ao limite máximo estabelecido para a pena de multa<sup>333-334</sup>. Acrescia que, no caso

<sup>330</sup> Que continha a seguinte formulação: “Em caso de suspensão da execução da pena, entre os deveres a impor ao condenado pode figurar o de pagar previamente a dívida de imposto e acréscimos legais, dentro de certo prazo” (art. 11.º/5).

<sup>331</sup> Cfr. o art. 9.º do RJIFNA, na sua versão primitiva.

<sup>332</sup> Onde se podia ler: “É admissível nos termos do Código Penal a suspensão da pena, com as particularidades constantes do n.º 7” (art. 11.º/6 do RJIFNA, na redacção dada pelo DL n.º 394/93).

<sup>333</sup> Veja-se o art. 11.º/7 do revogado RJIFNA, na formulação oferecida pelo DL n.º 394/93, que correspondentemente determinava: “A suspensão é sempre condicionada ao pagamento ao Estado, em prazo a fixar pelo juiz nos termos do número 8, do imposto e acréscimos legais, do montante dos benefícios indevidamente obtidos e, caso o juiz o entenda, ao pagamento de quantia até ao limite máximo estabelecido para a pena de multa, sendo aplicável, em caso de falta do cumprimento do prazo, apenas o disposto nas alíneas b), c) e d) do artigo 50.º do Código Penal”.

<sup>334</sup> A Lei n.º 61/93, de 20 de Agosto, que autorizava o Governo a rever o RJIFNA, de onde brotou o DL n.º 394/93, no seu art. 5.º, alínea d), no relativo ao sentido e extensão da autorização legislativa quanto às penas, apontava esse mesmo caminho de possibilidade de suspensão da pena nos termos do CP, mas sempre condicionada ao pagamento do imposto e acréscimos legais.

de o agente não cumprir o prazo fixado pelo tribunal, haveria que se atender ao disposto no Código Penal no relativo à falta de cumprimento dos deveres<sup>335</sup>, segundo o prescrito no art. 11.º/7 (*in fine*), podendo o tribunal exigir-lhe garantias do cumprimento (art. 50.º, *b*), do CP então válido, *ex vi* art. 11.º/7), prorrogar o período de suspensão (art. 50.º, *c*) ou mesmo revogá-la (art. 50.º, *d*). Da mesma forma, a remissão que o art. 11.º/7 fazia para o regime geral codificado deixava de fora a alínea *a*) do art. 50.º, que se referia à solene advertência que o tribunal poderia efectuar em caso de incumprimento, correspondendo à medida de menor severidade de entre as hipóteses configuradas para fazer face ao incumprimento do agente<sup>336</sup>. Ainda quanto à falta de pagamento das condições da suspensão, podemos referir que a remissão que a parte final do art. 11.º/7 fazia para o CP equivale claramente ao que, hoje, o RGIT dispõe no art. 14.º/2, em que se prevê exactamente as mesmas consequências a adoptar pelo tribunal em caso de incumprimento.

Em suma, vemos que de uma mera eventualidade a submeter-se à dogmática penal geral, como aparecia na primeira versão do RJIFNA, passava a configurar-se pela legislação penal tributária com a relevância de um mecanismo de aplicação conformada e cuidadosamente delimitada, ainda que subordinado às raias do Código Penal e coadjuvado por este, que emergia agora caracterizado por um condicionamento específico e marcante: a suspensão passava a ser *sempre* condicionada ao pagamento do imposto, acréscimos legais e, caso o juiz o entendesse, de uma quantia até ao limite máximo estabelecido para a pena de multa.

Estamos em crer que esta divergência de tratamento existente entre a redacção nativa do RJIFNA e aquela oferecida pelo diploma reformador de 1993, que se traduziu no levantamento de um regime relativamente demarcado e desviante do consagrado no regime geral do Código Penal para esta pena de substituição, se ficou a dever essencialmente ao facto do DL n.º 394/93 resgatar a pena de prisão para o papel de sanção aplicável a título principal aos crimes tributários, optando-se por se impor esta solução alternativa de punição, susceptível de substituir a aplicação da pena privativa, diferentemente

<sup>335</sup> A que correspondia o art. 50.º do CP, na redacção vigente à data da publicação do DL n.º 394/93.

<sup>336</sup> Cfr. SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Tributário...*, *ob. cit.*, p. 135.

do que sucedia com a versão originária do RJIFNA, em que se previa apenas a pena de multa enquanto sanção principal e em que, à vista do papel secundário então acometido à pena de prisão, não haveria tanta necessidade de munir o julgador de mecanismos alternativos à pena institucional, como constitui a suspensão da execução da pena. Nestes termos, passando a pena privativa da liberdade a ocupar um papel principal na repressão da criminalidade tributária, a partir das alterações trazidas pelo DL n.º 394/93, era necessário colocar à disposição do julgador mecanismos que pudessem, em certos casos, substituir a aplicação dessa pena detentiva, subtraindo os agentes das inconveniências associadas ao cumprimento de uma pena institucional, mormente através da sua suspensão condicionada, quando por essa via, atendendo a determinadas circunstâncias relacionadas com o agente e com o contexto do crime, se acautelassem suficientemente as finalidades punitivas (art. 50.º/1 do CP<sup>337</sup>).

Os ventos de mudança que deram estampa à Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho, trouxeram consigo um regime de suspensão, na generalidade correspondente ao que já constava do art. 11.º/6 e 7 do diploma precedente, autonomizando-o normativamente no art. 14.º do RGIT, pelo que este mecanismo passou a possuir um dispositivo formal próprio, independente de outras matérias, já não consignado ao corpo normativo que regia a pena de prisão e de multa como sucedia na versão menos longeva do RJIFNA.

Para além desta diferente opção formal, demonstrativa de uma maior relevância que se reconhecia à suspensão neste âmbito, a diferença de maior caudal teve que ver com o prazo para o pagamento do imposto e acréscimos legais, a fixar pelo tribunal, que anteriormente não poderia ir além dos dois anos subsequentes à data da condenação (art. 11.º/8 do revogado RJIFNA<sup>338</sup>, para o qual remetia o número 7), podendo hoje ser fixado até ao limite de cinco anos após a condenação (art. 14.º/1 do RGIT)<sup>339</sup>. A explicação para tal

<sup>337</sup> Que teria aplicação por via do art. 11.º/6 do RJIFNA, na redacção do DL n.º 394/93.

<sup>338</sup> Que determinava: “Sempre que a situação económica e financeira do condenado o justifique, o tribunal pode autorizar o pagamento da multa em prestações, não podendo a última delas ir além dos dois anos subsequentes à data da condenação”. Veja-se, sobre a possibilidade de pagamento em prestações, SOUSA, Alfredo José de, *Infracções Fiscais – não aduaneiras* –, Coimbra: Almedina, 1998, p. 67.

<sup>339</sup> Sobre o confronto entre o actual art. 14.º do RGIT e a norma correspondente do RJIFNA, CATARINO, João Ricardo / VICTORINO, Nuno, *Infracções Tributárias: anotações ao regime geral*, ob. cit., pp. 160 ss.

alteração residia no facto de que, podendo a pena ser suspensa até cinco anos (segundo o art. 50.º/5 do CP, na formulação válida à altura da entrada em vigor do RGIT<sup>340</sup>), não se justificava que o dever de pagamento das quantias que a condicionavam não se pudesse prolongar por igual período de tempo<sup>341</sup>, optando-se então por um prazo concordante com aquele outro que se estabelecia no regime geral à data da publicação do RGIT<sup>342</sup>. Assim, o alargamento do prazo, de dois para cinco anos, fazia coincidir o prazo máximo de pagamento das condições com o período máximo admitido para a suspensão da execução da pena<sup>343</sup>. Entretanto, com as modificações introduzidas no regime geral pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro<sup>344</sup>, ultrapassando-se a polémica que gravitava em volta do período de suspensão da pena na disciplina geral, este passou a ter duração igual à da pena de prisão determinada na sentença, mas nunca inferior a um ano, isto nos termos do previsto no Código Penal<sup>345</sup>.

## 2. O artigo 14.º do RGIT

### 2.1. O pagamento da prestação tributária e acréscimos legais enquanto condição para a suspensão da execução da pena – análise crítico-reflexiva de um (questionável) requisito

Do que vem sendo exposto resulta claro que, quer do disposto no artigo 11.º/7 do (revogado) RJFNA quer do determinado no artigo 14.º/1 do RGIT que o sucedeu, redunda uma divergência visível em face do regime consagrado no

<sup>340</sup> Na redacção anterior às alterações operadas pela Lei n.º 59/2007, o art. 50.º/5 do CP estabelecia: “O período de suspensão é fixado entre 1 e 5 anos a contar do trânsito em julgado da decisão”.

<sup>341</sup> Veja-se MINISTÉRIO DAS FINANÇAS, *Anteprojecto...*, *ob. cit.*, nas observações relativas ao seu art. 14.º, p. 39.

<sup>342</sup> Cfr., neste âmbito, CATARINO, João Ricardo / VICTORINO, Nuno, *Infracções Tributárias: anotações ao regime geral*, *ob. cit.*, p. 160.

<sup>343</sup> Cfr. SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Tributário...*, *ob. cit.*, p. 133.

<sup>344</sup> Para além de se ter passado a poder suspender a execução de penas de prisão até 5 anos, a duração concreta do prazo de suspensão deixou então de poder ser fixada autonomamente pelo juiz, entre os limites anteriormente estabelecidos de um a cinco anos, para corresponder à duração da pena determinada na sentença.

<sup>345</sup> Veja-se o actual art. 50.º/5 do nosso CP.

Código Penal para a suspensão da execução da pena, designadamente no que respeita aos deveres a que a suspensão pode ficar condicionada. Nestes termos, vemos que a disciplina do direito penal tributário é caracterizada por uma *obligatoriedade* do pagamento da prestação tributária e acréscimos legais, a que fica condicionada a suspensão da execução da pena, diferentemente do que sucede no regime geral do Código Penal. Dessarte, trata-se esta de uma patologia que justifica, sobremaneira, uma completa dissecação e uma correcta interpretação desta disciplina específica, quer em função das finalidades político-criminais que presidem à fundação desta pena de substituição quer em termos daquilo que são os princípios directores do programa jurídico-penal.

De facto, se quanto aos pressupostos que concretamente justificam a aplicação desta medida não institucional de conteúdo “pedagógico e reeducativo”<sup>346</sup> nada é determinado pelo art. 14.º do RGIT, sendo correspondentemente de aproveitar o preceituado no regimento geral do art. 50.º do Código Penal<sup>347</sup>, porém, já no que respeita especificamente às condições da sua actuação no âmbito da criminalidade tributária, determina-se que “*A suspensão da execução da pena de prisão aplicada é sempre condicionada ao pagamento, em prazo a fixar até ao limite de cinco anos subsequentes à condenação, da prestação tributária e acréscimos legais, do montante dos benefícios indevidamente obtidos e, caso o juiz o entenda, ao pagamento de quantia até ao limite máximo estabelecido para a pena de multa*”<sup>348, 349</sup>.

<sup>346</sup> Veja-se, nesse sentido, GONÇALVES, Manuel Maia, *Código Penal Português...*, ob. cit., p. 215; ou ainda, SOUSA, Jorge Lopes de / SANTOS, Manuel Simas, *Regime Geral das Infracções Tributárias...*, p. 175.

<sup>347</sup> Nestes termos, é preciso que, atendendo à personalidade do agente, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste, seja de concluir que por via da suspensão da execução de pena aplicada em medida não superior a cinco anos se realizam adequada e suficientemente as finalidades da punição (art. 50.º/1 do CP). Sobre esta temática, já discurremos suficientemente em ponto próprio, *vide supra*, no capítulo I. Cfr., no sentido desta conclusão, SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Tributário...*, ob. cit., p. 133; bem assim, SILVA, Isabel Marques da, *Regime Geral das Infracções Tributárias*, ob. cit., p. 105.

<sup>348</sup> Assim dispõe o art. 14.º/1 da Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho.

<sup>349</sup> Deve ter-se em mente que a «*prestação tributária*», a que se refere o art. 14.º/1, a cujo pagamento é condicionada a suspensão da execução da pena, tem em vista “os impostos, incluindo os direitos aduaneiros e direitos niveladores agrícolas, as taxas e demais tributos fiscais ou para-fiscais cuja cobrança caiba à administração tributária ou à administração da segurança social”, nos termos do art. 11.º, alínea a).

Neste quadro, tem portanto a doutrina maioritária entendido que, para o recurso à suspensão da execução de uma pena aplicada a agente de crime tributário, hão-de estar primeiro preenchidos os pressupostos da aplicação desta medida, determinados nos termos gerais do art. 50.º do CP, ficando depois esta condicionada ao pagamento das quantias determinadas pelo tribunal, de acordo com o especialmente previsto no art. 14.º do RGIT<sup>350</sup>.

Como já tivemos oportunidade de assinalar a propósito do excursus que percorremos pelos antecedentes legais deste instituto no domínio do direito tributário, trata-se esta de uma especificidade que não nasce com a publicação do Regime Geral das Infracções Tributárias, já se encontrando determinada, no esquema da suspensão, à altura da vigência do antecessor RJIFNA, no seu art. 11.º/7, na redacção fornecida pelo DL n.º 394/93, de 24 de Novembro. Neste preceito, considerado o antecedente do actual art. 14.º do RGIT, foi onde se estabelecera originariamente a imposição do pagamento ao Estado do imposto e acréscimos legais enquanto exigência obrigatória aquando da suspensão da execução da pena aplicada a crime tributário<sup>351</sup>. Porém, antes de 1993, na versão primeira do RJIFNA, note-se que já se estabelecia a possibilidade, em caso de suspensão, de figurar, de entre os deveres a impor ao condenado, a obrigação de pagamento prévio da dívida de imposto e acréscimos legais, dentro de determinado prazo, ainda que sem carácter obrigatório e portanto apenas como eventualidade<sup>352</sup>. Assim, torna-se justo afiançar que aquilo que era uma faculdade na versão originária do RJIFNA, passava com o DL n.º 394/93 a obrigatoriedade<sup>353</sup>. Posteriormente, como se vê, o RGIT seguiria o modelo que se encontrava no art. 11.º/7 do RJIFNA, plasmando o mesmo condicionamento no seu art. 14.º/1.

De resto, a obrigação de pagamento de certa quantia, em determinado prazo, enquanto condição do recurso a esta medida, está longe de correspon-

<sup>350</sup> Também, em similar conclusão, POMBO, Nuno, *A Fraude Fiscal...*, *ob. cit.*, p. 267.

<sup>351</sup> Sobre isso, SILVA, Isabel Marques da, *Regime Geral das Infracções Tributárias*, *ob. cit.*, p. 106.

<sup>352</sup> Cfr. o art. 11.º/5 do RJIFNA, na sua redacção original. Em termos da gravidade das sanções económicas a aplicar, era mote deste diploma legal a “liberdade do julgador” que se queria “suficientemente ampla, de tal modo que assegur[ass]e a justiça no caso concreto” (cfr. o preâmbulo do referido Decreto-Lei).

<sup>353</sup> Neste sentido, AGOSTINHO, Patrícia Naré, “A Relevância da Reposição da Verdade sobre a Situação Tributária e a Regularização de Dívidas Tributárias no RGIT”, in *RMP*, A. 28, n.º 109, 2007, p. 126.

der a uma inovação no direito sancionatório, nem se encontrando tão-pouco exclusivamente na esfera da reacção à criminalidade tributária. Em boa verdade, trata-se de uma condição não muito díspar do dever configurado no art. 51.º/1 do Código Penal, designadamente na sua alínea a), onde se prevê a possibilidade de subordinação ao pagamento de certa quantia, mais concretamente de uma indemnização ao lesado, dentro de certo prazo, num modelo de suspensão subordinada ao cumprimento de deveres<sup>354</sup>. Com efeito, o regime geral permite, pois, que o tribunal sujeite a suspensão da execução da pena ao cumprimento de deveres, sempre que o julgar conveniente e adequado à realização das finalidades punitivas<sup>355</sup>, podendo esses deveres – que têm em vista a reparação do mal do crime – consistir no pagamento de uma quantia ao lesado, dentro de determinado prazo<sup>356</sup>.

À vista disso, vemos que a grande particularidade que faz com que o art. 14.º dista do regime geral reside, precisamente, no facto de a imposição desta condição ser *obrigatória* ao abrigo do regime do RGIT – numa particularidade que tem motivado tantas controvérsias que nos últimos anos têm assombrado esta matéria<sup>357</sup>. Por outras palavras, enquanto que no regime geral do Código Penal a subordinação da suspensão da execução da pena de prisão à condição de pagamento de uma quantia é uma mera faculdade ou eventualidade, a que o tribunal pode lançar mão no caso de entender que isso é conveniente à realização das necessidade punitivas, já nos termos do art. 14.º do RGIT, quando haja lugar à suspensão da execução de uma pena, esta tem de ser condicionada ao pagamento da prestação tributária e acréscimos legais, pelo que aqui a suspensão é *sempre* condicionada ao cumprimento daquela condição<sup>358-359</sup>. Não se ignorando ainda que o regime do direito penal tribu-

<sup>354</sup> Identicamente, SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Tributário...*, ob. cit., pp. 135 ss.

<sup>355</sup> Cfr. o art. 50.º/2 do CP.

<sup>356</sup> Assim se afirma na alínea a), do art. 51.º/1 do CP.

<sup>357</sup> Veja-se SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Tributário...*, ob. cit., p. 136.

<sup>358</sup> Diga-se que nem na versão do Código Penal anterior a 1995 se sujeitava obrigatoriamente a suspensão ao pagamento de certa quantia, pelo que já então reinava, no regime geral, a regra da opcionalidade da imposição de obrigação de pagamento de indemnização enquanto condição da suspensão, no caso da suspensão condicionada a deveres (cfr. o art. 49.º do DL n.º 400/82, de 23 de Setembro).

<sup>359</sup> Cfr. TEIXEIRA, Carlos, in *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, Vol. II, ob. cit., na anotação ao art. 14.º do RGIT, p. 397; SOUSA, Jorge Lopes de / SANTOS, Manuel Simas, *Regime Geral das Infracções Tributárias...*, p. 181.

tário estabelece logo o montante a pagar, que equivale à prestação tributária em falta ou à quantia dos benefícios indevidamente atribuídos, a que pode acrescer a possibilidade de ficar cumulativamente subordinada à obrigação de pagamento de uma quantia até ao limite máximo estabelecido para a pena de multa<sup>360-361</sup>, contrariamente ao que sucede no regime geral em que o tribunal fixa o montante que considerar adequado.

Adicionalmente, dispondo sobre a falta de pagamento das quantias a que se refere o número 1 do artigo 14.º, vem o legislador estatuir especificamente um conjunto de consequências susceptíveis de serem adoptadas pelo tribunal para fazer face a esse incumprimento, no número 2 do mesmo preceito. Desse modo, na falta de pagamento daquelas quantias, encontram-se à disposição do tribunal três possíveis medidas a adoptar: a exigência de garantias do seu cumprimento (alínea *a*) do art. 14.º/2); a prorrogação do período de suspensão até metade do prazo inicialmente fixado, sem exceder o prazo máximo de suspensão admissível (pelo que, aqui, a alínea *b*) remeterá necessariamente para o prazo estatuído no art. 50.º/5 do CP); e, finalmente, a revogação da suspensão da pena de prisão (alínea *c*) do referido dispositivo)<sup>362</sup>. De resto, trata-se este de um regime paralelo àquele que o legislador penal comum estabelece, no art. 55.º do Código Penal, para a falta de cumprimento das condições da suspensão, em que se enumeram similares providências<sup>363</sup>.

<sup>360</sup> Art. 14.º/1, *in fine*.

<sup>361</sup> Referindo-se a “duas especialidades” do regime do RGIT, correspondentes ao condicionamento ao pagamento da prestação tributária e a esta possibilidade de o juiz condicionar ainda a suspensão ao pagamento de quantia até ao limite máximo estabelecido para a pena de multa, cumulativamente com a anterior, NASCIMENTO, Antonieta, “Regime Geral das Infracções Tributárias...”, *ob. cit.*, p. 75.

<sup>362</sup> Cfr. o número 2 do art. 14.º do RGIT.

<sup>363</sup> Na realidade, em termos das medidas concretamente determinadas para contrariar o incumprimento, diga-se, *grosso modo*, que o art. 55.º do CP apenas acrescenta às consequências igualmente previstas no RGIT de prorrogação da suspensão e de exigência de garantias do cumprimento da condição, a possibilidade do tribunal fazer uma solene advertência (alínea *a*) do art. 55.º) ou de impor novos deveres ou regras de conduta (alínea *b*)), deixando em disposição própria o relativo à revogação da suspensão (no art. 56.º). Esta ideia de que o incumprimento das condições não deve necessariamente despoletar a revogação da suspensão, em que repousa o regime do Código Penal, prende-se com o raciocínio de que se se quer lutar contra as penas de prisão – e, como temos compreendido, com esta medida deseja-se definitivamente isso –, a que a revogação forçosamente conduz (art. 56.º/2 do CP), esta deve operar com *ultima ratio*, ou seja, depois de esgotados os meios previstos no art. 55.º, pelo que

Contudo, subsiste uma diferença assinalável entre as duas previsões e que se traduz no facto de no art. 55.º do CP se ter em vista as situações de incumprimento *culposo* dos deveres ou regras de conduta impostos, ou do plano de reinserção, ao passo que na disciplina do RGIT não é feita qualquer menção a esse elemento da culpa, dispondo-se apenas sobre as medidas a que o tribunal pode recorrer “na falta de pagamento das quantias referidas no número anterior”<sup>364-365</sup>. De qualquer forma, não obstante essa dissemelhança previsória, tende a entender-se que, à semelhança do que acontece nas disposições gerais<sup>366</sup>, também no âmbito dos crimes tributários só um incumprimento culposo pode accionar as consequências especialmente previstas no art. 14.º/2 do RGIT, recorrendo-se subsidiariamente ao Código Penal neste ponto<sup>367</sup>. Não quer isto significar que a falta de cumprimento das condições do art. 14.º/1 conduza às consequências do art. 55.º do CP, só sucedendo isso quanto a eventuais condições que se tenham imposto, no caso de crimes tributários, para lá das que são abarcadas no primeiro dispositivo<sup>368</sup>. Daí que se deva considerar que à falta de cumprimento da obrigação de pagar a dívida fiscal só podem corresponder os efeitos elencados no número 2 do preceito que analisamos, a não ser que o incumprimento se reporte a outros deveres, que se encon-

também no âmbito dos crimes tributários se deverá manter essa função de *ultima ratio* da revogação (cfr., desenvolvidamente, SOUSA, Jorge Lopes de / SANTOS, Manuel Simas, *Regime Geral das Infrações Tributárias...*, pp. 181 ss).

<sup>364</sup> Assim estabelece o art. 14.º/2. Esta diferença – entre CP e RGIT no tocante ao incumprimento das condições da suspensão – não existia aquando da vigência do RJFNA em que, na redacção posterior a 1993, o art. 11.º/7, no caso de falta de cumprimento das condições impostas, remetia para o então prescrito no regime geral do Código Penal. Nesta órbita, AGOSTINHO, Patrícia Naré, “A Relevância da Reposição da Verdade...”, *ob. cit.*, p. 123.

<sup>365</sup> Referindo-se à culpa enquanto pressuposto material comum à verificação de qualquer uma das consequências do incumprimento das condições da suspensão no regime comum, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, Parte Geral II: As Consequências Jurídicas do Crime*, *ob. cit.*, pp. 355 ss.

<sup>366</sup> Veja-se SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português...*, *ob. cit.*, p. 211.

<sup>367</sup> Nesse sentido, CATARINO, João Ricardo / VICTORINO, Nuno, *Infrações Tributárias: anotações ao regime geral*, *ob. cit.*, p. 163; também, AGOSTINHO, Patrícia Naré, “A Relevância da Reposição da Verdade...”, *ob. cit.*, p. 123. Entendendo que a suspensão da execução pode ser revogada, “desde que o incumprimento seja culposo e só se o for”, SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Tributário...*, *ob. cit.*, p. 136, acrescentando, na p. 134, que não haverá lugar à prorrogação em caso de falta de pagamento, pelos motivos atrás indicados.

<sup>368</sup> Assim, SOUSA, Jorge Lopes de / SANTOS, Manuel Simas, *Regime Geral das Infrações Tributárias...*, p. 182.

trem sedeados na disciplina do Código Penal, para os quais valerão as consequências aí determinadas<sup>369</sup>. Em todo o caso, entende-se que a revogação da suspensão da execução, enquanto mais gravosa das consequências previstas no art. 14.º/2, tem de ser sempre perspectivada como uma medida de recurso *in extremis*, pelo que nunca poderá funcionar de forma automática, havendo necessariamente de estar preenchidos os pressupostos justificativos da sua aplicação, regulamentados no art. 56.º do Código Penal, e havendo que estar esgotadas as possibilidades de recurso às restantes consequências previstas<sup>370</sup>.

De resto, o entendimento que defende que, para que possam funcionar os efeitos do art. 14.º/2, há que ser culposo o incumprimento das condições tem sido sufragado pela jurisprudência superior, da qual é particularmente ilustrativo o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Janeiro de 2003<sup>371</sup>.

Portanto, fundamentalmente, o que sucede aqui é que em vez de se deixar ao critério do juiz a decisão, em função das circunstâncias concretas de cada caso, sobre a imposição (ou não) de uma tal obrigação enquanto condição da suspensão da execução de uma pena de prisão determinada ao agente de crime tributário, à semelhança do que acontece com o regime geral, a lei substitui-se a esse juízo ao impor a obrigatoriedade de, nestes casos, condicionar-se sempre a suspensão ao cumprimento daquele requisito. Noutros termos, enquanto no regime geral do Código Penal cabe ao tribunal averiguar, caso a caso, da conveniência e da adequabilidade, em termos das finalidades puni-

<sup>369</sup> Veja-se TEIXEIRA, Carlos, *in Comentário das Leis Penais Extravagante*, *ob. cit.*, pp. 397-398.

<sup>370</sup> É necessário, pois, que os comportamentos que a podem determinar revistam suficiente gravidade, de tal forma que se mostre insustentável a manutenção da suspensão. Cfr. SOUSA, Jorge Lopes de / SANTOS, Manuel Simas, *Regime Geral das Infracções Tributárias...*, pp. 183 ss; TEIXEIRA, Carlos, *ob. cit.*, p. 398.

<sup>371</sup> Relativo ao processo 02P972, disponível *in* <www.dgsi.pt>, onde se entende, quanto ao art. 14.º/2 do RGIT, que “essa norma deve ser interpretada no sentido de que o seu conteúdo não abrange nem implica a derrogação do princípio consagrado no nosso sistema penal de que a falta de cumprimento das condições não determina automaticamente a revogação desta, antes impondo a lei ao Tribunal que averigüe do carácter culposo desse incumprimento”, acrescentando no mesmo tom que “os efeitos legais do incumprimento das condições da suspensão estão dependentes da verificação do carácter culposo desse incumprimento”. Orientação que foi seguida pelo Ac. do TRC de 8 de Setembro de 2010 (processo 87/02.ITAACN.C2), bem como pelo Ac. do TRC de 12 de Outubro de 2012 (processo 91/07.3.1IDCBR.C1), pelo Ac. do TRP de 5 de Maio de 2004 (processo 0316114), ou pelo Ac. TRP de 11 de Abril de 2012 (processo 43/07.31IDPRT.P1), todos disponíveis em <www.dgsi.pt>.

tivas, da subordinação da suspensão da execução da pena ao cumprimento de deveres, à observância de regras de conduta ou ao seu acompanhamento pelo regime de prova<sup>372</sup>, parece que no caso de estarem em causa crimes tributários a lei já assume automaticamente a conveniência de se condicionar a suspensão ao cumprimento da obrigação de pagamento da prestação tributária e acréscimos, a que pode acrescer, caso o juiz o entenda, o pagamento de quantia até ao limite estabelecido para a pena de multa<sup>373-374</sup>. Justificação primordialmente apontada para a previsão de um tal regime de obrigatoriedade de subordinação àquele pagamento prende-se com razões relacionadas com a eficácia do sistema fiscal e com o interesse público a acautelar, derivado da importância do dever de pagar impostos<sup>375</sup>.

Perante isto, podemos ver que no âmbito da criminalidade tributária, paralelamente às várias modalidades previstas no Código Penal, o RGIT estabelece uma única modalidade de suspensão da execução da pena: a suspensão condicionada ao pagamento daquelas quantias. Significando isto que qualquer pena cuja execução seja suspensa fica sempre, automaticamente, subordinada ao pagamento da prestação tributária. Do facto de se erigir aqui uma espécie única de suspensão, que tem de ser sempre respeitada quando estejam em causa crimes tributários, não resulta necessariamente que fica vedado o recurso, por parte do julgador, à panóplia de deveres e regras de conduta dos artigos 51.º e 52.º do CP, mas apenas que tem de ser cumprida impreterivelmente a obrigação de pagamento da prestação tributária, podendo o juiz socorrer-se deles acopladamente àquela condição, enquanto dispositivos

<sup>372</sup> Cfr. o art. 50.º/2 do CP.

<sup>373</sup> Cfr. o art. 14.º/1 do RGIT (*in fine*).

<sup>374</sup> A propósito desta previsão, afirmava o Ac. do STJ de 9-05-2002 (processo 02P1231) que, no caso de crime tributário, a suspensão da execução da pena só ante o pagamento integral da prestação tributária realizaria de forma adequada e suficiente as finalidades da punição, disponível em <www.dgsi.pt>.

<sup>375</sup> Nesse sentido, por exemplo, o Ac. do STJ de 31-05-2006 (processo 06P1294, consultável in <www.dgsi.pt>). Também, em direcção idêntica, apontando o objectivo de arrecadação de receitas com o art. 14.º do RGIT, através do ingresso nos cofres do Estado das quantias que aí deviam ter entrado e daquelas que de lá não deviam ter saído, tendo portanto o legislador optado por um fundamento predominantemente fiscal, veja-se AGOSTINHO, Patrícia Naré, “A Relevância da Reposição da Verdade...”, *ob. cit.*, p. 126.

de aplicação subsidiária, desde que não contrariem o regime especial do RGIT<sup>376</sup>.

Ora, tendo-se em mira o regime legal estabelecido no Regime Geral das Infracções Tributárias que ao longo dos últimos parágrafos tem sido decomposto, muitas críticas se têm elevado, nomeadamente no que respeita à automaticidade com que nos crimes tributários a suspensão da execução da pena fica vinculada à exigência de pagamento da prestação tributária em dívida, quer seja por se retirar, com isso, a possibilidade do julgador apreciar caso a caso da aplicabilidade de uma tal condicionante, em termos das concretas exigências e necessidades de cada situação, quer por tal mecanização desconsiderar uma análise individual das condições económico-financeiras do agente em termos da viabilidade do cumprimento de uma tal imposição<sup>377</sup>. Deste último ponto resultando mesmo a existência de uma corrente que defende a necessidade da existência de um juízo de prognose por parte do tribunal, aquando da aplicabilidade da suspensão da execução da pena, em termos da conjuntura financeira do indivíduo – questão que retomaremos em ponto próprio.

Quanto a nós, na senda do que vem sendo afirmado por alguma doutrina<sup>378</sup>, somos forçados a concordar com a ideia de não se acharem razões suficientemente válidas para justificar a manutenção de um tal condicionamento obri-

<sup>376</sup> Nesse mesmo sentido, TEIXEIRA, Carlos, in *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, Vol. II, *ob. cit.*, p. 397. Da mesma forma, abrindo as portas à possibilidade de imposição de outras condições, para além das referidas no art. 14.º/1, designadamente de deveres e regras de condutas, SOUSA, Jorge Lopes de / SANTOS, Manuel Simas, *Regime Geral das Infracções Tributárias...*, p. 183. Todavia, não se perca de vista que a imposição de deveres se prende com a reparação das consequências do crime (art. 51.º/1 do CP), enquanto as regras de conduta a que fique subordinada a suspensão se destinam a promover a reintegração do condenado na sociedade (art. 52.º/1), havendo aqui objectivos específicos relacionados com estas modalidades da suspensão, que não encontramos na condição do art. 14.º/1 do RGIT, nitidamente voltada para a eficácia do sistema fiscal.

<sup>377</sup> Desde logo, mostrando-se em contradição com aquela obrigatoriedade, particularmente nos casos em que logo na condenação seja previsível a inviabilidade do pagamento, situações em que na opinião deste Autor este mecanismo se assumirá apenas como um expediente de adiamento de uma decisão relativamente ao cumprimento da pena de prisão, SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Tributário...*, *ob. cit.*, p. 136. Na mesma linha, intercedendo antes por uma solução em que esta condição seja vista como uma faculdade, em harmonia com a disciplina do Código Penal, AGOSTINHO, Patrícia Naré, “A Relevância da Reposição da Verdade...”, *ob. cit.*, p. 127.

<sup>378</sup> Vide AGOSTINHO, Patrícia Naré, “A Relevância da Reposição da Verdade...”, *ob. cit.*, p. 145.

gatório. Não se vislumbram pois, neste regime, outros objectivos que não de percepção de receitas fiscais, mediante a subordinação obrigatória da suspensão da execução da pena de prisão aplicada a crime tributário ao pagamento da prestação tributária. Ora uma tal construção da pena suspensa, movida por um critério preponderantemente fiscal, para além de absolutamente desconforme com os parâmetros que dominam esta figura na dogmática comum, é de rejeitar, na medida em que se prescinde da margem de apreciação do julgador quanto à imposição desta condicionante em nome de uma finalidade de obtenção de receitas tributárias, resultando desprezado um juízo em função das necessidades de prevenção que em cada caso subsistam<sup>379</sup>. Evidentemente que não se vem com isto desconsiderar a relevância jurídica que há de se atribuir à regularização da situação fiscal no âmbito do direito penal tributário<sup>380</sup>, mas tão-só questionar o carácter de *obligatoriedade* a que a suspensão da pena fica condicionada ao pagamento daquela obrigação e só nessa condição, naquilo que segundo alguns configura uma “instrumentalização do sistema punitivo pela recuperação de dívidas fiscais”<sup>381</sup>.

## 2.2. Do período de suspensão da execução da pena aplicada por crime tributário ao prazo para pagamento da condição (obrigatória)

Desde logo, questão pertinente a suscitar-se neste âmbito, directamente correlacionada com a apontada especialidade do condicionamento da suspensão da pena no RGIT, tem que ver com o período de actuação da suspensão e, consequentemente, também com o prazo para o cumprimento das condi-

<sup>379</sup> Indo mais longe neste ponto, apontando à subversão do sistema de cooperação vinculada entre legislador e juiz e, consequentemente, à destruição do modelo de determinação da pena, NASCIMENTO, Antonieta, “Regime Geral das Infracções Tributárias...”, *ob. cit.*, p. 85.

<sup>380</sup> Veja-se SOUSA, Susana Aires de, “Os crimes fiscais: algumas considerações críticas”, in *Justiça Penal Portuguesa e Brasileira: Tendências de Reforma*, São Paulo: IBCCRIM, 2008, pp. 159 ss; ou, da mesma Autora, “Os crimes fiscais na Alemanha e em Portugal: entre semelhanças e diferenças”, in *Direito Penal: Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais, Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 1134. Ainda, a este nível, *vide* MONTE, Mário Ferreira, “Da reparação penal como consequência jurídica autónoma do crime”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 134 ss.

<sup>381</sup> Nesse sentido, veja-se a declaração de voto de Maria Fernanda Palma aposta ao Ac. n.º 376/03 do Tribunal Constitucional, a cuja análise voltaremos adiante.

ções (obrigatórias) impostas. Com efeito, com a profunda revisão ao sistema penal de 2007, são frequentes as dúvidas suscitadas em torno da problemática do período de suspensão da execução da pena de prisão aplicada por crime tributário<sup>382</sup>.

Ora em face das referidas alterações preconizadas no regime geral desta pena de substituição pela Lei n.º 59/2007, considerando que agora o período de suspensão da execução da pena de prisão tem forçosamente duração equivalente à duração da pena de prisão que tenha sido determinada na sentença<sup>383</sup>, pergunta-se se essas modificações não poderão ter reflexo no regime do artigo 14.º do RGIT, estabelecido tendo em conta as directrizes da legislação penal geral de então, no que concerne, mais concretamente, à duração e prorrogação do período de suspensão<sup>384</sup>. Por outras palavras, coloca-se a questão de saber se agora, no que diz respeito à criminalidade tributária, o período da suspensão se reconduz ao estabelecido no art. 50.º/5 do CP, ou se, por sua vez, pode ser fixado sem que exista concordância entre este e a duração da pena determinada, à semelhança do que acontecia antes das alterações profundas nas disposições legais reguladoras do instituto da suspensão da execução da pena, resultantes da Lei n.º 59/2007, no Código Penal<sup>385-386</sup>.

<sup>382</sup> Anotando isso, SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Tributário...*, ob. cit., pp. 133 ss; e também, SILVA, Isabel Marques da, *Regime Geral das Infrações Tributárias*, ob. cit., pp. 108 ss.

<sup>383</sup> Cfr. o art. 50.º/5 do CP, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro.

<sup>384</sup> Suscitando esta questão, SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Tributário...*, ob. cit., p. 134.

<sup>385</sup> Mais do que apenas suscitada em sede doutrinal, esta é uma dúvida com que frequentemente se têm debatido os nossos tribunais. Veja-se, a título exemplificativo, gravitando sempre em volta do problema do período de suspensão da pena de prisão nos crimes tributários, mais recentemente, o Ac. do TRL de 26 de Fevereiro de 2014 (processo 1467/11.7IDL SB.LI-3), o Ac. do TRE de 8 de Janeiro de 2013 (processo 249/09.0IDFAR.EI), o Ac. do TRE de 3 de Junho de 2014 (processo 289/11.OT3STC.EI), o Ac. do TRP de 20 de Novembro de 2013 (processo 226/08.9IDPRT.P1), o Ac. do TRP de 8 de Outubro de 2014 (processo 63/10.0IDPRT.P1), o Ac. do TRP de 11 de Novembro de 2015 (processo 47/03.5IDAVR.P1), o Ac. do TRL de 24 de Abril de 2013 (processo 105/07.7DFUN.LI-3), e o Ac. do TRC de 29 de Outubro de 2014 (processo 68/10.1IDVIS.C2), todos disponíveis em <www.dgsi.pt>.

<sup>386</sup> Ainda no âmbito deste mesmo questionamento, logo após a introdução das modificações de 2007, colocavam-se dúvidas na jurisprudência, em torno da compatibilidade do então renovado art. 50.º/5 do CP com o regime do RGIT, tendo-se em vista os casos que se encontravam em análise, e aqueles outros em que tinha havido condenação em pena de prisão de duração inferior ao período de suspensão da execução que veio a ser determinado na sentença, em

Nesse sentido, para fazer face a eventuais incertezas, Germano Marques da Silva vem defender que o art. 14.º do RGIT deve agora ser interpretado à luz das actuais disposições do Código Penal, de onde se destaca precisamente o relativo ao período de suspensão, entendendo ser necessário interpretar-se *correctivamente* este preceito no sentido de se considerar que o período de suspensão é igual à duração da pena de prisão determinada na sentença, de

função das eventuais repercussões da nova disciplina nestes conjuntos de hipóteses. Numa decisão controversa, o Acórdão do TRP de 7 de Novembro de 2007 (processo 0743150), relativamente a um caso anterior às alterações de 2007, em que o período fixado de suspensão da execução da pena excedia a duração da pena de prisão que tinha sido determinada (em concreto, tratava-se de uma pena de prisão de 1 ano suspensa na sua execução por um período de 5 anos, sob a condição de pagamento, nesse período, de quantia correspondente à prestação em falta e demais acréscimos), entendeu que, após a entrada em vigor daquelas alterações, se devia proceder à redução do período de suspensão até à duração equivalente à da pena de prisão aplicada, em harmonia com a (nova) redacção do art. 50.º/5 do CP, (segundo esta decisão) consagrada de um regime mais favorável porque permitia a redução da pena de suspensão, mas ao mesmo tempo ficando o agente livre do pagamento das quantias condicionantes da suspensão por o prazo para o seu cumprimento resultar manifestamente mais curto do que o considerado adequado para o pagamento daquela quantia. Tratando-se de uma decisão que acabou por simplesmente desaplicar o previsto no art. 14.º/1 do RGIT, por decidir pela redução do período de suspensão deixando de a subordinar ao pagamento da condição, mereceu algumas críticas (*vide*, por exemplo, SILVA, Isabel Marques da, *Regime Geral das Infrações Tributárias*, *ob. cit.*, p. 109). Bem assim, dentro destas situações, optando pela redução do período de suspensão de modo a coincidir com a duração da pena, ainda que daí resultasse encurtado o prazo para pagamento das condições, de harmonia com o (renovado) art. 50.º/5, veja-se os Acórdãos, todos do Tribunal da Relação do Porto, de 20 de Outubro de 2010 (processo 8/07.SIDVRL.P1), de 12 de Dezembro de 2007 (processo 0744647), da mesma data (processo 0711124), de 26 de Março de 2008 (processo 0716952), de 22 de Outubro de 2008 (processo 0814280), de 4 de Fevereiro de 2009 (processo 0847019), de 18 de Fevereiro de 2009 (processo 0846954) e de 20 de Abril de 2009 (processo 30/06.9PEVNG). Num sentido diferente (e inusitado...), impendendo para uma solução de alargamento do período de suspensão por forma ao alargamento do prazo de pagamento da condição, sob o fundamento de tal se “mostrar mais favorável, em concreto, para o condenado”, o Acórdão do TRP de 2 de Novembro de 2011 (processo 5434/05.ITDLSB.P1). Relativamente a esta última decisão apraz-nos apenas questionar de que forma, sendo a suspensão (ainda) uma pena (de substituição), poderá o alargamento da sua duração ser mais favorável ao agente, além do mais quando motivado pela necessidade de se alargar o prazo para pagamento da condição a que fica suspensa a execução da pena? De facto, parece-nos uma decisão, a todos os níveis, *diferente*, para além de contender eventualmente com a proibição de *reformatio in pejus* (art. 409.º do CPP), na medida em que comporta a agravação daquela pena. Nesta órbita, veja-se ainda SILVA, Isabel Marques da, *Regime Geral das Infrações Tributárias*, *ob. cit.*, pp. 108 ss.

acordo com o estatuído no CP, acrescentando que não haverá lugar à sua prorrogação no caso de não pagamento dentro do prazo fixado<sup>387,388</sup>.

Da nossa parte parece-nos claro que, quanto à duração da suspensão da execução de pena de prisão aplicada por crime tributário, a solução terá de passar, necessariamente, pela observância do disposto no art. 50.º/5 do Código Penal, pelo que esse período corresponderá à duração da pena de prisão que tenha sido determinada, não podendo ser inferior a um ano<sup>389</sup>. Por outras palavras, temos para nós não se vislumbrarem razões para que, no domínio dos crimes tributários, o período de suspensão de execução da pena não tenha duração igual à da pena de prisão que tenha sido imposta, à semelhança do que sucede no direito penal comum<sup>390</sup>.

Em primeiro lugar, olhando-se para o estatuído no número 1 do art. 14.º do RGIT, rapidamente salta à vista o facto de nada se dispor quanto ao período de suspensão, limitando-se, no número 1, a determinar-se o limite máximo do prazo em que o tribunal pode fixar o pagamento das quantias a que a suspensão fica condicionada (cinco anos), deixando-se reservado ao número 2

<sup>387</sup> Assim, SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Tributário...*, ob. cit., p. 134.

<sup>388</sup> Quanto à questão da não admissibilidade de prorrogação do período de suspensão, resulta tal conclusão da interpretação ab-rogatória que Germano Marques da Silva faz da alínea d), do art. 55.º do CP – que refere, como consequência do incumprimento das condições da suspensão, a prorrogação do período de suspensão, sem exceder o prazo máximo fixado no (antigo) art. 50.º/5 –, na medida em que se mostra desfasada da renovada redacção do art. 50.º/5, para a qual remete. Acontece que não se adaptou a alínea d) do art. 55.º à nova formulação do art. 50.º/5, baseando-se na obsoleta redacção – que permitia a fixação do período de suspensão entre um e cinco anos –, pelo que resulta deste entendimento a inaplicabilidade dessa alínea por contraditória com o art. 50.º/5. É que correspondendo obrigatoriamente, hoje, o período de suspensão à duração da pena previamente determinada, a prorrogação daquele período redundaria inadvertidamente no desrespeito do art. 50.º/5 e da regra da correspondência de durações nele determinada. Por identidade de razão, o mesmo raciocínio é convocado para a alínea b) do número 2 do art. 14.º do RGIT. Assim, SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português...*, ob. cit., p. 98.

<sup>389</sup> No mesmo sentido, POMBO, Nuno, *A Fraude Fiscal...*, ob. cit., p. 267.

<sup>390</sup> Em direcção oposta, admitindo, neste sector de criminalidade, a hipótese de o período de suspensão ser superior à pena de prisão aplicada, sendo essa “maleabilidade” congruente com o facto de aqui a suspensão estar condicionada ao pagamento da prestação tributária, TEIXEIRA, Carlos, in *Comentário das Leis Penais Extravagantes, Volume II*, Albuquerque, Paulo Pinto e Branco, José (Org.), Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, na anotação ao art. 14.º do RGIT, p. 397.

o elenco das consequências da falta do pagamento dessas quantias<sup>391</sup>. Portanto, temos que, no que concerne a prazos, a única imposição que resulta da leitura deste preceito é o facto de o julgador ter de fixar um prazo *para o cumprimento das condições* que sejam determinadas, que não exceda o limite máximo dos cinco anos subsequentes à condenação, sem mais. Encontramo-nos aqui, pois, perante realidades distintas, tendo uma que ver com a concreta duração do período em que a pena de prisão fica suspensa, enquanto a outra se prende com o prazo que o tribunal fixa para o pagamento das quantias impostas, de acordo com o art. 14.º/1.

De qualquer forma, embora o legislador se refira unicamente ao “prazo a fixar até ao limite de cinco anos” do pagamento da prestação tributária e acréscimos legais, parece haver ainda assim quem entenda que esse prazo se refere, não apenas ao prazo para o cumprimento das condições, mas igualmente à duração da própria suspensão, pelo que estaríamos aqui perante (mais) uma especialidade do regime do RGIT em face da disciplina geral codificada, podendo o julgador fixar um período de suspensão até cinco anos<sup>392-393</sup>. Por conseguinte, segundo esta tese, perdia eficácia, neste terreno, o princípio da coincidência entre o período de suspensão e a duração da pena de prisão determinada.

Esta é uma visão que não nos parece ser de propugnar, desde logo porque carecida de fundamentos que a sustentem. Não obstante seja correcto afirmar que o legislador tomou o período máximo de suspensão de cinco anos (assim previsto no art. 50.º/5 do CP, na formulação vigente à data da publicação do RGIT) como bitola do prazo máximo de cinco anos para o pagamento das quantias condicionantes previstas no art. 14.º/1 do RGIT<sup>394</sup>, menos infalível

<sup>391</sup> Em leitura concordante, PINTO, António Augusto Tolda / BRAVO, Jorge dos Reis, *Regime Geral das Infracções Tributárias...*, *ob. cit.*, p. 66.

<sup>392</sup> Veja-se, notando a subsistência de tal entendimento, SILVA, Isabel Marques da, *Regime Geral das Infracções Tributárias*, *ob. cit.*, p. 108.

<sup>393</sup> Em sentido contrário ao que vem sendo por nós propugnado, entendendo que, no âmbito do RGIT, não se aplica a limitação temporal introduzida no art. 50.º/5 do CP, tendo de atentar-se ao prazo estabelecido no art. 14.º/1 do RGIT, acrescentado que esta disposição assenta no pressuposto de que o prazo de suspensão não seja inferior ao concedido para o pagamento da condição, veja-se o Acórdão do TRC de 21 de Janeiro de 2009 (processo 342/04.6TAAVR. Cl), disponível em <www.dgsi.pt>.

<sup>394</sup> Como é possível extrair do anteprojecto do RGIT, onde se avança com esse facto enquanto justificação do prazo de cinco anos para o cumprimento da condição (cfr. MINISTÉRIO DAS FINANÇAS, *Anteprojecto...*, *ob. cit.*, p. 39).

será derivar daí a conclusão de que tal prazo se refere (também) à duração da própria suspensão.

Na mesma linha, deve lembrar-se que a especialidade deste preceito do direito penal tributário reside apenas na *obligatoriedade* de se submeter a suspensão ao pagamento da prestação tributária, não derivando daí qualquer especialidade ao nível do período da suspensão, havendo portanto que considerar-se, neste ponto, as disposições gerais<sup>395</sup>. Assim, neste capítulo, o argumento da especialidade do art. 14.º não é suficiente para afastar a aplicação do Código Penal, na medida em que essa especificidade se refere exclusivamente ao carácter mandatório da imposição da obrigação de pagamento da prestação tributária enquanto requisito da suspensão, em contraste com a facultatividade da subordinação da suspensão ao cumprimento de obrigações no direito penal comum.

Trata-se pois, a nosso ver, de uma posição que não se retira da leitura das disposições legais relevantes, nem da justificação legislativa por detrás da estatuição do prazo máximo de pagamento de cinco anos, nem sequer de qualquer legislação precedente, pelo que não se encontram motivos que permitam concluir que o julgador possa continuar a fixar autonomamente o tempo de suspensão até ao limite de cinco anos. De resto, trata-se esta de uma conclusão que parece assentar exclusivamente na (pouco inabalável) convicção de que ao período de suspensão da execução há-de sempre corresponder o prazo para o pagamento da prestação tributária, questão a que adiante retomaremos.

Assim, entendemos que inexistindo qualquer indicação especial do RGIT quanto ao período de suspensão – mas tão-só relativamente ao prazo para o cumprimento das condicionantes –, se encontram reunidas as condições para que tenha lugar a aplicação do correspondentemente disposto no Código Penal, pelo que o período de suspensão da execução da pena aplicada a crime tributário será forçosamente aquele que resulta do regime geral, subsidiariamente aplicável no que toca a crimes tributários por força do art. 3.º, alínea a), do RGIT<sup>396</sup>. Assim, depois das modificações operadas pela Lei n.º 59/2007,

<sup>395</sup> Nesse sentido, SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Tributário...*, *ob. cit.*, p. 134.

<sup>396</sup> Cfr., neste ponto, SILVA, Isabel Marques da, *Regime Geral das Infracções Tributárias*, *ob. cit.*, p. 109. Como é próprio do direito penal secundário, actua o Código Penal e a legislação penal complementar como direito subsidiário, *vide* RODRIGUES, Anabela Miranda, “Direito penal fiscal”, *ob. cit.*, p. 544.

o período de suspensão tem de corresponder à duração da pena de prisão que tenha sido determinada, já não podendo ser fixado autonomamente pelo juiz sem que exista essa coincidência.

Perante esta ordem de razões, vemos que nem se mostraria necessário proceder-se a uma interpretação correctiva do art. 14.º/1 do RGIT, bastando tão-só uma correcta leitura conjugado dos dois regimes, na medida em que, da conjugação do regime especial deste preceito do RGIT com o disposto no regime geral no art. 50.º/5 do CP, não poderia resultar outra conclusão que não esta. Depois, sendo de recorrer à bússola que constitui o regime do Código Penal, na insuficiência da lei especial, como sucede com esta questão, não podem restar dúvidas quanto à disciplina que o legislador estatui no art. 50.º/5.

Nestes termos, afigura-se-nos como inteiramente correcto o entendimento preconizado no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26 de Fevereiro de 2014<sup>397</sup>, no ponto em que afirma que “No domínio dos crimes tributários, o período de suspensão da pena de prisão, tal como acontece no Código Penal, tem a duração igual à da pena de prisão determinada na sentença, mas nunca inferior a um ano, a contar do trânsito em julgado da decisão”, na esteira do que já se prescrevia no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 7 de Novembro de 2007<sup>398,399</sup>.

<sup>397</sup> Referente ao processo 1467/11.7IDLSB.LI-3, encontra-se disponível em <www.dgsi.pt>. Chega a esta conclusão, essencialmente, porque “o RGIT não contém nenhuma norma que estabeleça o prazo de suspensão da pena de prisão, limitando-se a prescrever, no seu artigo 14.º, um prazo de pagamento da prestação tributária e dos acréscimos legais devidos”; “o Código Penal aplica-se subsidiariamente aos crimes tributários – artigo 3.º, alínea a), do RGIT”; “a partir da entrada em vigor da redacção dada ao Código Penal pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, o período de suspensão tem uma duração igual à da pena de prisão determinada na sentença – artigo 50.º, n.º 5, do Código Penal –, tendo deixado de vigorar qualquer norma geral que preveja que a suspensão pode ser fixada sem que o prazo concreto esteja directamente dependente da medida da pena imposta”; e, finalmente, “não existe qualquer conflito entre o prazo de pagamento da prestação tributária e dos acréscimos legais – até 5 anos – e o prazo previsto no Código Penal para a suspensão da pena – entre 1 e 5 anos –, podendo aquele ser fixado até ao termo da suspensão da pena”.

<sup>398</sup> Relativo ao processo 0743150, que afirmara, no tocante ao art. 14.º/1 do RGIT, que “não estabelece esta disposição legal os prazos mínimo e máximo de suspensão da execução das penas de prisão previstas no RGIT, que são os fixados no Código Penal, por força do disposto no seu art. 3.º, mas o prazo máximo para o pagamento das prestações tributárias e dos benefícios indevidamente obtidos como condição daquela suspensão”, fazendo daí derivar a conclusão de que “o prazo para cumprimento da condição não tem necessariamente de coincidir com o da

Por conseguinte, compreende-se especialmente mal a posição adoptada pelo Supremo Tribunal de Justiça que, pronunciando-se acerca desta problemática numa direcção totalmente divergente, através de Acórdão datado de 18 de Dezembro de 2008<sup>400</sup>, a propósito das implicações da alteração do paradigma quanto ao tempo de suspensão da execução da pena ao regime das infracções fiscais, vem afirmando que, uma vez que para estas “a suspensão da execução da pena está sujeita ao pagamento, no mínimo, das prestações tributárias e legais acréscimos, o tempo de duração da medida deveria ser fixada tendo em consideração o valor das importâncias a pagar ao Estado”. Assim, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, tratava-se esta propriedade de uma “nova especialidade” deste normativo do RGIT em relação ao regime comum previsto no Código Penal, assumindo-se que, nestes casos, o juiz continuaria a poder fixar um prazo capaz de permitir ao condenado o pagamento das prestações tributárias em falta, independentemente da duração da pena, por referência ao prazo estabelecido no art 14.º/1<sup>401, 402</sup>.

execução da pena de prisão”. De resto, relacionando a situação económica do condenado com o prazo de pagamento das condições, o douto aresto equaciona a possibilidade de, face a essas condições económicas do condenado, permitir-se a fixação de um prazo para o pagamento das quantias não coincidente com o da pena de prisão determinada e, consequentemente, não coincidente com o período de execução da pena, sem porém desrespeitar o imperativo de à pena aplicada ter de equivaler o período da suspensão, não podendo ser inferior a um ano (art. 50.º/5 do CP), e contando que não poderá o prazo de pagamento exceder os cinco anos (art. 14.º/1 do RGIT).

<sup>399</sup> Na mesma linha, também o Ac. do TRL de 5 de Novembro de 2015 (processo 229/08.3 TALRS.LI-9), ao proclamar que “da análise das normas em relevo não temos dúvidas de que o regime da suspensão da execução de uma pena aplicada pela prática de crime tributário, está submetido ao processamento regulado na Lei geral penal, na sua redacção posterior ao regime estabelecido no RGIT. Desde logo porque o próprio RGIT não se refere a qualquer período temporal ou quantitativo da pena, para a suspensão da sua execução”, donde resulta que o regime do art. 50.º/5 do CP “tem aplicação no âmbito do RGIT, pelo que o período da suspensão da execução da pena fixada será igual à respectiva prisão...”.

<sup>400</sup> Relativo ao processo 07P020. No mesmo sentido segue o Ac. do TRE de 21-06-2011 (processo 118/04.4IDFAR.E2), ambos disponíveis em <www.dgsi.pt>.

<sup>401</sup> De forma diferente, que subscrevemos, considerando que a “especialidade” do regime da suspensão no RGIT se limita à obrigatoriedade da imposição do dever de pagamento da prestação tributária, SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Tributário...*, *ob. cit.*, p. 134.

<sup>402</sup> De resto, esta não é a única decisão do STJ a seguir por esta via, como se extrai dos Acórdãos de 4 de Fevereiro de 2010 (processo 106/01.9IDPRT.SI) e de 10 de Julho de 2008 (processo 06P103) – disponíveis em <www.dgsi.pt> –, ambos perfilhando um entendimento no sentido da não correspondência do período de suspensão à duração da medida da pena

Menos recusável do que a convicção de residir neste ponto uma «nova especialidade» da disciplina do RGIT, em face do regime penal comum, é seguramente a ideia de que o prazo para o pagamento das condições obrigatórias não tem necessariamente de coincidir com o período de actuação da suspensão da execução da pena. A este nível, partindo-se do pressuposto de que o art. 14.º/1 do RGIT se limita a tratar do prazo (máximo) para o pagamento das quantias, que pode ser fixado até ao limite de cinco anos, e de que o período da própria suspensão se submete ao regime do art. 50.º/5 do CP, equivalendo à pena de prisão e não podendo ser menor do que um ano – nem superior a cinco por inerência do disposto no art. 50.º/1 quanto à medida máxima da pena que pode ser suspensa –, poderá eventualmente dar-se o (não desajustado) caso de, dentro destes limites, o prazo para o cumprimento das condições não coincidir com a duração da suspensão da execução da pena<sup>403</sup>. Não se pode ignorar que, como temos afirmado, estão aqui em causa duas realidades temporais que, embora se tendam a confundir segundo alguns entendimentos, são notoriamente distintas: enquanto uma coisa é a duração que adquire a suspensão da execução da pena, coisa diversa é o prazo fixado para o (obrigatório) pagamento da prestação tributária e juros ou dos benefícios indevidamente obtidos<sup>404</sup>. No caso da suspensão da pena aplicada a crime tributário, sendo o montante a pagar correspondente à prestação tributária em dívida, a que pode acrescer quantia até ao limite estabelecido para a pena

substituída, pelo facto de a condição, nestes casos, ser imposta, contrariamente ao que acontece no regime geral. No primeiro destes arestos optou-se por obedecer-se a um “critério de razoabilidade por que tem de pautar-se esta forma de reparação penal forçada”, enquanto o segundo se agarra a uma “concepção de carácter patrimonialista do bem jurídico tutelado” para afastar o regime da suspensão neste domínio do regime do Código Penal, neste ponto em particular, proclamando essa “nova especialidade” do regime do RGIT no que respeita à fixação do período da suspensão.

<sup>403</sup> À semelhança do que já se perspectivava no anteriormente referido aresto do TRP de 7-11-2007. Em relação a esta questão, o Ac. do TRP de 23-06-2010 (processo 1/02.4IDPRT. Pl) produz conclusão sólida que nos parece ser de propugnar, no sentido em que sustenta que “O prazo limite para o cumprimento da condição de suspensão da execução da pena de prisão não tem de coincidir com o período de suspensão, competindo ao juiz fixar os termos do cumprimento da condição imposta”, disponível *in* <www.dgsi.pt>.

<sup>404</sup> O mesmo se poderia dizer do dever enunciado no art. 51.º/1, alínea a), do CP, em que se prevê a possibilidade do pagamento, “*em certo prazo*”, de indemnização ao lesado. Ora ninguém parece duvidar do facto de tal prazo não ter de coincidir com o período de suspensão da execução da pena de prisão.

de multa, no que respeita à fixação do prazo para esse pagamento, haverá que ter em conta factores como o montante das quantias impostas e a capacidade económica do condenado<sup>405</sup>.

Segundo este raciocínio, temos que, da conjugação do art. 14.º/1 do RGIT com o previsto na disciplina geral, nada apontando para uma inevitável equiparação do prazo de cumprimento da condição ao tempo de actuação da própria suspensão, pode surgir aqui uma (outra) conjuntura. É que a disciplina legal deixa, efectivamente, margem para que possa suceder a situação de o prazo fixado para o pagamento das quantias referidas no art. 14.º/1, enquanto condição da suspensão, ser superior ao período desta, sem exceder os cinco anos posteriores à condenação, no caso de o tribunal o entender<sup>406</sup>. Mas, mais do que a estatuição legal permitir a ocorrência desta situação, parece-nos não ser de excluir que tal eventualidade se justifique, em certos e contados casos. Com efeito, não obstante a suspensão ficar imperativamente subordinada ao pagamento daquelas quantias, sabendo que por detrás desse condicionamento residem razões (aparentemente) relacionadas com as necessidades preventivas, podem as condições económicas do agente e o valor das quantias a pagar justificar um prazo de pagamento mais amplo que o período da própria suspensão<sup>407</sup>. Não se vem com isto defender que a fixação de um prazo de pagamento superior ao período de suspensão constitua uma regra, mas tão-só salientar que se trata de uma situação excepcionalmente justificável, em circunstâncias específicas, portanto surgindo, pelo menos, como abstratamente equacionável. O que não se nos afigura, de forma alguma, justificável

<sup>405</sup> Próximo deste entendimento, a propósito da fixação do pagamento previsto na alínea *a*) do n.º 1 do art. 51.º do CP, veja-se o Ac. do TRC de 20-09-2000, consultável em *CJ*, XXV, t. 4, 2000. Também, considerando factores como o “montante da dívida, a profissão do arguido, o valor da sua remuneração, o montante dos seus encargos fixos” essenciais para aferir da possibilidade de pagamento da condição no *prazo* estipulado, já na órbita dos crimes tributários, o Ac. do TRL de 26-02-2014 (a que já fizemos menção).

<sup>406</sup> Cfr., por exemplo, o Ac. do TRE de 03-06-2014 (processo 289/11.OT3STC.El). Em sentido contrário, advogando ser insustentável a extensão do prazo da condição de pagamento para além do período de suspensão, o Ac. do TRP de 23-03-2011 (processo 748/07.9TAMCN.P1), e antes o Ac. do TRP de 22-10-2008 (processo 0814280), todos disponíveis in <www.dgsi.pt>.

<sup>407</sup> Assim se sugere no mencionado aresto do TRP datado de 7-11-2007. Da análise que fizemos da jurisprudência relevante, resulta evidente ser esta uma realidade manifestamente verificável, em que abundam os casos de prazos insuficientes para o cumprimento das quantias impostas.

é optar-se por alargar-se o período de suspensão da execução, com isso agravando a pena, com o objectivo de se dilatar o prazo de pagamento da condição, sob a justificação de tal se mostrar “mais favorável” para o agente<sup>408</sup>, ou fixar-se o tempo de suspensão em função do valor das importâncias a pagar<sup>409</sup>.

De qualquer forma, trata-se de uma conjuntura susceptível de despertar um conjunto de indesejáveis incertezas, que já não se colocariam no caso de o prazo para o cumprimento ser inferior à duração da suspensão da execução da pena determinada. Assim, nesta (hipotética) situação, findo o tempo da suspensão, pode suceder que o agente ainda não tenha cumprido as obrigações impostas, nem tenha o dever de o ter feito por ainda não ter terminado o prazo para o seu cumprimento. Por conseguinte, podendo dar-se a situação incómoda e dilemática de, esgotado o período de suspensão, não poder declarar-se a pena como extinta, nos termos do art. 57.º/1 do CP, por não ter sido ainda cumprida a obrigação que lhe foi imposta, sem que, no entanto, possa esse facto ser imputável ao agente por não ter ainda decorrido o prazo para o seu cumprimento, motivo pelo qual fica simultaneamente excluído o recurso aos meios legalmente previstos para fazer face à situação de incumprimento (art. 14.º/2 do RGIT)<sup>410</sup>.

Por forma a evitar esta situação que se reconhece ser inoportuna, a prática jurisprudencial tem maquinado a solução de fixação de um prazo de pagamento do dever exigido coincidente com o período de suspensão<sup>411</sup>. Ora acontece que o montante em dívida e a condição financeira do condenado até podem justificar um prazo de pagamento «alargado», não podem definitivamente é fundamentar a determinação de uma medida maior da pena de suspensão, como sucedia antes de 2007, quando o período de suspensão não tinha de igualar a pena de prisão determinada<sup>412</sup>. Mas, ultrapassada essa época, e correspondendo hoje o período de suspensão à duração da pena aplicada, optando-se pela solução de equivalência do prazo de cumprimento ao período de suspensão, poderá ocasionar-se a agravamento da situação dos condenados

<sup>408</sup> Como se sustenta no Ac. do TRP de 2-11-2011, analisado *supra*.

<sup>409</sup> Como aponta o STJ no Ac. de 18-12-2008 (também já considerado).

<sup>410</sup> Já na decisão do TRP de 7-11-2007 se alertava para estes embaraços.

<sup>411</sup> Decidindo nesse sentido, por exemplo, o Ac. do TRP de 20-04-2016 (processo 21/14.6IDA-VR.PI), disponível em <www.dgsi.pt>.

<sup>412</sup> E por isso apelidada de solução de “legalidade duvidosa”, pelo Ac. do TRP de 7-11-2007.

no sentido em que se poderá obrigar ao pagamento de elevadas quantias em prazo demasiadamente curto. Para além da previsível promoção de situações financeiramente descomedidas para os agentes, ou mesmo de cumprimento impossível, esta é um remédio que ignora por completo o facto de se tratarem aqui, como sabemos, de realidades temporais diversas.

Interpretamos, pois, a maleabilidade de fixação do prazo de pagamento (até cinco anos), conferido pelo art. 14.º/1, como concedendo ao julgador a possibilidade de, de acordo com as condições económicas do agente e com as quantias em causa, fixar um prazo de pagamento mais ou menos dilatado, mas independente do período da suspensão<sup>413</sup>. Se a subordinação àquela condição é um imperativo, já no que toca à fixação do prazo para o seu cumprimento existe margem de liberdade do julgador, num espaço de autonomia em que até poderá operar o princípio da razoabilidade dos deveres impostos, do art. 51.º/2 do CP<sup>414</sup>, não se justificando, por isso, a fixação pela ideia de igualação dos prazos de cumprimento à duração da suspensão.

Posto isto, solução possível deste dilema poderia passar por, permitindo-se a definição de um prazo de pagamento superior à duração da própria medida, nos estritos casos em que o julgador o considerasse conveniente, em face de factores como as condições económicas do condenado e as quantias em causa, guiado por critérios de razoabilidade, sustentar-se a declaração de extinção da pena (art. 57.º/1 do CP) até ao pagamento total da condição imposta, sendo correspondentemente de aplicar o número 2 do art. 57.º do CP<sup>415</sup>. A partir do momento em que se esgotasse esse prazo sem que houvesse sido cumprida a condição, haveria lugar ao accionamento das consequências previstas no art. 14.º/2 do RGIT, podendo equacionar-se inclusivamente da revogação da suspensão, no caso de se verificar incumprimento culposos.

<sup>413</sup> De certa forma, concordante, cfr. o Ac. do TRP de 7-11-2007.

<sup>414</sup> De facto, não havendo aplicação do previsto no art. 51.º/2 do CP quanto às espécies de deveres impostos ao abrigo da disciplina do RGIT, pois que só se determina aí uma única condição obrigatória, todavia nada parece obstar a que se tenha em consideração este princípio de razoabilidade aquando da fixação do prazo para o pagamento daquela condição. Convenhamos que, ao nível da razoabilidade do cumprimento da condição, é diferente propor-se o pagamento de uma quantia de € 500.000 em um ano ou em quatro, sem evidentemente se ignorar a importância das condições económicas dos condenados.

<sup>415</sup> Solução similar se equacionava no Ac. do TRE de 03-06-2014.

Entendemos, pois, que este raciocínio permitiria ultrapassar algumas aporias existentes na prática jurisprudencial, em que frequentemente se opta (defeituosamente) por fixar-se um prazo de pagamento idêntico ao período de suspensão, que há-de resultar, não raras vezes, num prazo demasiado curto para o cumprimento da condição ou mesmo inexigível para o condenado, em virtude das suas condições económicas. Depois, trata-se de um expediente absolutamente conforme à conjugação necessária entre o regime do RGIT e a disciplina comum, que se harmoniza perfeitamente com as disposições legais, permitindo ainda a observância do art. 51.º/2 do CP e do princípio da razoabilidade. Ademais, corresponde a uma solução promissora para os condenados, ao permitir-lhes aproveitar esta pena de substituição ao mesmo tempo que lhes concede um prazo de pagamento mais alargado, sem com isso ampliar o período da suspensão.

Finalmente, sabendo que o art. 57.º/2 do CP alberga as hipóteses em que o fim do período de suspensão não determina a extinção da pena, por se encontrarem pendentes determinados “incidentes”, parece caber no seu âmbito de aplicação a situação em que o prazo de pagamento da prestação tributária se prolonga para lá do tempo da própria suspensão, pelo que, aplicando-se este dispositivo às situações que analisamos, resulta daí que a pena só pode ser declarada extinta quando findar o “incidente”, no nosso caso leia-se, quando for cumprido o pagamento total das quantias determinadas ao abrigo do art. 14.º/1 do RGIT<sup>416</sup>.

### **2.3. A (des)necessidade de um «juízo de prognose» acerca da satisfação da condição e o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 8/2012**

Uma outra problemática de importância não despicienda que se pode colocar ao nível da operacionalidade do regime abarcado no artigo 14.º/1 do RGIT, aquando do processo de determinação da pena e de escolha pela pena de suspensão da execução, já merecedor da análise do Supremo Tribunal de

<sup>416</sup> Neste sentido já sustentava o Ac. do TRE de 03-06-2014, merecedor do nosso apoio ao admitir o alargamento do prazo para pagamento da condição do art. 14.º/1 para lá do período de suspensão da execução da pena, e interpretando o art. 57.º/2 do CP no sentido de abranger também este tipo de hipóteses.

Justiça, designadamente em Acórdão de Fixação de Jurisprudência<sup>417</sup>, tem que ver com a plausibilidade da existência (ou não) de um «juízo de prognose de razoabilidade», por parte do julgador, acerca da satisfação daquela condição pelo agente, tendo em conta a sua concreta situação económica e financeira. Por outras palavras, põe-se a questão de saber se, em função da especialidade perspectivada no RGIT para esta pena de substituição, fará sentido que o juiz, aquando da escolha pela suspensão da execução da pena de prisão determinada, sabendo-se de antemão que essa opção se traduzirá inelutavelmente na obrigação de pagamento da prestação tributária em falta, averigüe da razoabilidade do cumprimento do dever obrigatoriamente imposto pelo art. 14.º/1 em função das concretas condições económicas do agente.

Ora, o regime geral estatuído no Código Penal para a suspensão da execução da pena contém hoje uma cláusula destinada a, de certa forma, delimitar os contornos dos deveres a que a suspensão da pena pode ficar subordinada, ou melhor, a evitar que esses deveres adquiram contornos irrazoáveis. Assim, com a reforma de 1995, passou a constar do número 2 do art. 51.º do CP o princípio de os deveres impostos não poderem, em caso algum, representar para o condenado obrigações cujo cumprimento não seja *razoavelmente* de lhe exigir<sup>418</sup>. Por conseguinte, desta bitola de razoabilidade resulta necessariamente que, aquando da apreciação das condições a impor para a suspensão da execução da pena, mormente quando se tenha em vista condições relacionadas com o pagamento de dada quantia, o julgador deve aferir das reais possibilidades de cumprimento dos deveres impostos, numa ponderação onde naturalmente assumirá relevância a situação económica e financeira do agente<sup>419-420</sup>.

<sup>417</sup> Cfr. o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 8/2012, de 12 de Setembro de 2012 (processo n.º 139/09.7IDPRT-A. SI), publicado em Diário da República de 24 de Outubro de 2012, 1.ª série – n.º 206, e disponível em <www.dgsi.pt>.

<sup>418</sup> Cfr. o número 2 do art. 51.º do CP, na redacção posterior ao DL n.º 48/95, de 15 de Março. Anteriormente a esta revisão, já Figueiredo Dias apontava a uma “dupla limitação” a que deveriam obedecer os deveres e regras de conduta susceptíveis de condicionar a suspensão, que se traduzia na necessidade de serem compatíveis com a lei e, além disso, na imposição de que o seu cumprimento fosse exigível no caso concreto. Quanto à «exigibilidade» de que deveriam revestir-se os deveres, haveria que persistir uma relação de adequação e de proporcionalidade entre eles e as finalidades preventivas almejadas. Assim, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, Parte Geral II: As Consequências Jurídicas do Crime*, ob. cit., p. 350.

<sup>419</sup> Veja-se SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português...*, ob. cit., p. 208.

De todo o modo, ao abrigo do determinado no Regime Geral das Infracções Tributárias, do condicionamento obrigatório da suspensão da execução da pena de prisão ao pagamento das quantias em dívida, suprimindo-se a margem de apreciação do julgador sobre essa imposição, parece resultar o desprezo do determinado no número 2 do art. 51.º do Código Penal<sup>421</sup>. É que inexistindo qualquer juízo do tribunal no que concerne ao dever de pagar a prestação tributária em falta, porque optando-se pela via da suspensão da execução da pena de prisão aplicada a crime tributário fica esta automaticamente subordinada ao cumprimento daquele dever e naquele montante, sem mais, daí parece resultar negligenciado um juízo acerca da razoabilidade da imposição de um tal dever, à semelhança do que se aponta no art. 51.º/2 do CP para o regime comum<sup>422</sup>.

Acresce que, ao estabelecer-se automaticamente a correspondência entre a quantia em dívida e o montante a pagar enquanto condição, sem haver lugar à possibilidade de graduação, há necessariamente que proceder-se ao pagamento da totalidade do imposto devido e acréscimos legais, sem hipótese de redução ou pagamento parcial, diferentemente daquilo que o regime comum sugere, designadamente no art. 51.º/1, alínea *a*), do Código Penal, em que se aponta para a possibilidade de pagamento de indemnização “no todo ou na parte que o tribunal considerar possível” ou até através de garantia por meio de caução idónea<sup>423</sup>.

À vista disto, o Pleno das Secções Criminais do Supremo Tribunal de Justiça decidiu fixar jurisprudência no sentido de a suspensão da execução da pena de prisão aplicada por crime tributário, de acordo com o artigo 14.º/1, em face do condicionamento obrigatório do pagamento ao Estado da

<sup>420</sup> Relativamente à obrigação de pagamento de determinada quantia, em certo prazo, diga-se que Figueiredo Dias, conexando esse dever com a cláusula de exigibilidade, concluía pela admissibilidade de um pagamento parcial, no caso de se entender ser esse tipo de pagamento o único concretamente exigível. Assim, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, Parte Geral II: As Consequências Jurídicas do Crime*, ob. cit., p. 352.

<sup>421</sup> Nesse mesmo sentido prossegue o Ac. do STJ n.º 8/2012.

<sup>422</sup> Assim continua o referido aresto. De qualquer forma, já vimos no ponto anterior que, assumindo-se a convicção de persistir um espaço de liberdade do julgador em termos da fixação do prazo do pagamento (até ao limite dos cinco anos após a condenação), entende-se que este princípio de razoabilidade há-de importar ao nível da fixação daquele prazo para o cumprimento da condição imposta.

<sup>423</sup> Cfr. a alínea *a*) do número 1 do art. 51.º do CP.

prestação tributaria e acréscimos legais, reclamar “um juízo de prognose de razoabilidade acerca da satisfação dessa condição legal por parte do condenado, tendo em conta a sua concreta situação económica, presente e futura, pelo que a falta desse juízo implica nulidade da sentença por omissão de pronúncia”<sup>424</sup>. Nestes termos, entendeu o STJ que a razoabilidade da condição deve ser avaliada antes de declarada a suspensão, não sendo de ignorar os condicionalismos inerentes ao agente, mormente a sua condição financeira, que há-de ser tida em consideração no momento do juízo de opção pela substituição<sup>425</sup>.

Portanto, deste entendimento da jurisprudência superior entende-se que, não sendo tal juízo prognóstico favorável ao cumprimento do dever imposto, deve o tribunal abster-se de manter a opção pela suspensão da pena, e ainda que a ausência dessa ponderação há-de resultar na nulidade da sentença por omissão de pronúncia<sup>426</sup>.

Adicionalmente, no caso de resultar desfavorável o juízo de prognose, isto é, no caso de o tribunal nessa ponderação concluir pela impossibilidade do cumprimento da condição obrigatória, abandonada a opção pela suspensão, o Supremo Tribunal de Justiça aponta para a determinação de outras sanções, especialmente para a reponderação da aplicação da pena principal de multa, sem desconsiderar a possibilidade de determinação de outra medida substitutiva que se mostre adequada<sup>427</sup>. Assim, entendeu-se que a compressão da liberdade do julgador neste campo não se verificaria de forma absoluta, persistindo essa margem de liberdade do juiz naquele primeiro momento em

<sup>424</sup> Assim decide o referido Acórdão Uniformizador. De todo o modo, esta não foi uma decisão unânime como demonstram os cinco votos de vencido que lhe foram apostos.

<sup>425</sup> Acompanhando esta posição do STJ, veja-se o Ac. do TRL de 10-04-2013 (processo 7/10.0IDSTB.L1-3), o Ac. do TRG de 11-05-2015 (processo 173/10.4IDBRG.G1), o Ac. do TRC de 27-02-13 (processo 68/10.1IDVIS.C1), o Ac. do TRC de 21-01-2015 (processo 17/08.7IDLRA.C1), o Ac. do TRP de 05-03-2014 (processo 20/10.7TAAMT.P1), o Ac. TRE de 19-02-2013 (processo 9/11.9IDEVR.E1), ou o Ac. do TRP de 20-02-2013 (processo 131/08.9IDPRT.P1), todos disponíveis in <www.dgsi.pt>.

<sup>426</sup> Referindo-se a propósito das hipóteses em que seja logo previsível na condenação o incumprimento da imposição, em virtude do facto de o condenado não ter condições para proceder ao seu pagamento, já Germano Marques da Silva afirmava que, nesses casos, a imposição deste dever mais não seria do que o “adiamento da decisão sobre o cumprimento da pena de prisão”. Assim, SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Tributário...*, ob. cit., p. 136.

<sup>427</sup> Assim continua o Ac. do STJ n.º 8/2012.

que se verifica a opção pela substituição da pena através da suspensão da sua execução, e no qual haverá que se medir correctamente as hipóteses em cima da mesa, motivo pelo qual, em caso de juízo prognóstico desfavorável, poderia o julgador regressar a esse estágio anterior, de forma a repensar a escolha da pena, designadamente considerando as restantes hipóteses substitutivas da pena de prisão<sup>428</sup>.

Por último, urge referir que este «juízo de prognose» em termos das condições socioeconómicas do condenado de que reclama a opção pela suspensão da execução da pena aplicada por crime tributário, em função do regime de obrigatoriedade do pagamento da prestação tributária, em nada se confunde com o pressuposto material necessário para a própria aplicação do instituto que é o prognóstico favorável que o tribunal tem de fazer de forma a concluir que a simples censura do facto e a ameaça de prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades punitivas<sup>429</sup>.

Não obstante a fixação de jurisprudência nos termos que foram mencionados, trata-se de uma posição criticável a vários níveis, sendo demonstrativos disso mesmo os variados votos de vencido que colheu este aresto do STJ, designadamente de Manuel Joaquim Braz e de Santos Cabral<sup>430</sup>. Efectivamente, não pode deixar de considerar-se estranha esta decisão promotora de um juízo de prognose direccionado à capacidade económica do agente em termos do cumprimento da condição automaticamente imposta, de acordo com o art. 14.º/1 do RGIT, e condicionador da opção pela suspensão da execução da pena. Parecendo-nos não ser admissível condicionar a escolha pela suspensão da execução da pena em função de um critério de razoabilidade do pagamento da prestação tributária, mediante a análise das condições económicas do indivíduo, somos forçados a discordar da solução preconizada pelo Supremo Tribunal de Justiça<sup>431</sup>.

<sup>428</sup> Cfr. o aresto do STJ de 12 de Setembro de 2012.

<sup>429</sup> Assim impõe o art. 50.º/1 do Código Penal. Sobre este pressuposto material *vide*, por todos, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, Parte Geral II: As Consequências Jurídicas do Crime*, *ob. cit.*, pp. 342 ss.

<sup>430</sup> O último deles mereceu a subscrição de vários outros Conselheiros.

<sup>431</sup> No mesmo sentido, veja-se os votos de vencido, especialmente do Conselheiro Santos Cabral, inseridos no referido Ac. do STJ de 12-09-2012.

Decidindo-se pela aplicação de uma pena de prisão ao crime tributário em causa, encontrada a sua medida concreta e identificando-se, depois, a sua substituição como solução adequada, estando reunidas as condições para o recurso a esta pena de substituição, de acordo com o previsto no art. 50.º/1 do Código Penal, tem o julgador o poder-dever<sup>432</sup> de optar pela suspensão da execução da pena de prisão determinada, pelo período equivalente à duração da pena de prisão determinada<sup>433</sup>, ficando esta – mal ou bem, essa já será uma questão diferente – subordinada imediata e automaticamente ao pagamento da prestação tributária e acréscimos legais, em harmonia com o art. 14.º/1 do RGIT<sup>434</sup>. De facto, o regresso à fase de escolha da pena que a decisão do STJ sugere, em caso de prognóstico negativo, far-se-ia por força de um critério despropositadamente alheio ao processo de escolha da pena, para o qual importam decisiva e exclusivamente as finalidades punitivas<sup>435</sup>.

Finalmente, acompanhamos a compreensão de que um juízo sobre a capacidade económico-financeira do agente apenas há-de relevar em sede de eventual revogação da suspensão da pena de prisão por incumprimento da condição<sup>436</sup>, aquando da aferição da culpa do agente, sabendo-se que apenas um incumprimento culposos da condição imposta pode determinar a revogação da suspensão da execução da pena<sup>437</sup>.

<sup>432</sup> Entende-se, portanto, que não está aqui em causa uma faculdade mas um poder vinculativo, pelo que estando preenchidos os pressupostos do art. 50.º/1 do CP, o tribunal suspenderá a execução da pena. A propósito, veja-se GONÇALVES, Manuel Maia, *Código Penal Português...*, *ob. cit.*, p. 215; DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, Parte Geral II: As Consequências Jurídicas do Crime*, *ob. cit.*, pp. 341 ss.

<sup>433</sup> Aplicando-se subsidiariamente os arts. 50.º/1, no que concerne aos pressupostos de aplicação da suspensão da pena, e 50.º/5, já no que respeita ao período de suspensão.

<sup>434</sup> Recentemente, entendendo que “o acórdão de fixação de jurisprudência n.º 8/2012, do Supremo Tribunal de Justiça, não obriga, nem poderia obrigar, sob pena de violação do princípio da igualdade, a que não tendo o condenado condições para pagar a prestação tributária, mas reunindo os demais requisitos para a suspensão de execução da pena, a mesma não seja suspensa”, veja-se o Ac. do TRP de 20-04-2016 (processo 21/14.6IDAVR.P1) e, identicamente, o Ac. do TRL de 18-02-2016 (processo 949/14.3IDLSB.L1-9), ambos disponíveis em <www.dgsi.pt>.

<sup>435</sup> Nessa direcção se posicionam os mencionados votos de vencido.

<sup>436</sup> Cfr. o art. 14.º/2, alínea c), do RGIT.

<sup>437</sup> Em harmonia com o já sustentado acerca da tese de que só um incumprimento culposos da condição pode determinar a revogação da suspensão da pena, depois de esgotadas as outras consequências da falta de pagamento. Em idêntica posição se posicionam os votos de vencido de Manuel Joaquim Braz e Santos Cabral.

Há ainda que considerar o facto de as condições económicas do condenado, em face do montante das quantias a pagar, poderem jogar um papel importante no momento de fixação do prazo para o pagamento das condições. De acordo com o que vimos afirmando no ponto anterior, a propósito do prazo para o pagamento da prestação tributária e outras quantias que venham a ser determinadas, interpretando-se o limite máximo de cinco anos estabelecido no art. 14.º do RGIT como configurando um momento em que o julgador dispõe de margem de liberdade para fixar o prazo que considerar adequado (até àquele limite), poderá (e deverá) a situação financeira do indivíduo pesar neste juízo, mas nunca na opção pela suspensão da execução da pena<sup>438</sup>.

## 2.4. Acerca da invocada (in)constitucionalidade do art. 14.º

Tem sido reiteradamente invocada junto dos tribunais a inconstitucionalidade do regime contido no artigo 14.º do RGIT, assim como já sucedera com o seu precedente no RJIFNA, ao determinar-se um modelo de suspensão da execução da pena de prisão que está sempre condicionada ao pagamento da prestação tributária em dívida, sendo a esse propósito frequentemente convocados os princípios jurídico-constitucionais da culpa, da adequação e da proporcionalidade, tendo sido o Tribunal Constitucional chamado a pronunciar-se acerca da conformidade deste preceito com os imperativos fundamentais já por diversas ocasiões<sup>439-440</sup>. Efectivamente, coloca-se a questão de saber se um tal modelo, em que esta imposição surge determinada *ope legis*, ao inviabilizar uma adequada apreciação da culpa concreta do agente e da sua situação económica e financeira, aniquilando-se por completo a margem de apreciação concreta do julgador no que respeita à determinação de uma

<sup>438</sup> Em idêntico sentido, AGOSTINHO, Patrícia Naré, “A Relevância da Reposição da Verdade...”, *ob. cit.*, p. 128.

<sup>439</sup> Versando sobre esta questão, SILVA, Isabel Marques da, *Regime Geral das Infrações Tributárias*, *ob. cit.*, p. 107; TEIXEIRA, Carlos, in *Comentário das Leis Penais Extravagantes, Volume II*, *ob. cit.*, p. 397; SOUSA, Jorge Lopes de / SANTOS, Manuel Simas, *Regime Geral das Infrações Tributárias...*, pp. 185 ss; e ainda, AGOSTINHO, Patrícia Naré, “A Relevância da Reposição da Verdade...”, *ob. cit.*, pp. 124 ss.

tal imposição (e do seu montante), não poderá contender com os preceitos fundamentais, designadamente da culpa, adequação e proporcionalidade<sup>441</sup>.

Ora, em diversas decisões, tem sido insistentemente entendido pelo Tribunal Constitucional não existirem motivos para a inconstitucionalidade de uma tal disciplina, sob o argumentário fundamental de que as razões que subjazem ao regime geral do Código Penal relativamente à generalidade dos crimes, particularmente no que respeita ao princípio da razoabilidade a que devem obedecer os deveres a que fica subordinada a suspensão da execução de uma pena (art. 51.º/2 do CP), não terem necessariamente de assumir idêntica preponderância na criminalidade tributária, pois nesta “a eficácia do sistema fiscal pode perfeitamente justificar regime diverso, que exclua a relevância das condições pessoais do condenado no momento da imposição da obrigação de pagamento e atenda unicamente ao montante da quantia em dívida”<sup>442</sup>. Por conseguinte, entendendo o Tribunal Constitucional que o objectivo de interesse público que preside ao dever de pagar os impostos seria bastante para justificar um tratamento diferenciado, traduzível numa “concepção da

<sup>440</sup> Ultrapassada está a (já velha) questão de saber se uma tal condicionante poderia constituir uma (inadmissível e inconstitucional) situação de «prisão por dívidas», nos casos em que o pagamento não viesse a ser feito, havendo revogação da suspensão. Em face disso, tem vindo a decidir-se, há já algum tempo, pela não procedência desse ponto de vista, sob a argumentação de que a prisão seria cumprida por força da condenação naquela pena privativa e não pela falta de pagamento, em linha com as lições de Figueiredo Dias, que sustenta, a propósito da suspensão da execução da pena subordinada a deveres de conteúdo económico, que “só uma completa incompreensão do que seja uma pena de substituição pode ter conduzido a um tal equívoco”, isto é, à alegação de se tratar de um caso de «prisão por dívidas». Vide DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, Parte Geral II: As Consequências Jurídicas do Crime*, ob. cit., p. 353. Neste rumo já seguira o Acórdão do Tribunal Constitucional datado de 4 de Novembro de 1987 (Ac. n.º 440/87, referente ao processo 188/86, disponível em <www.tribunalconstitucional.pt>), ao afirmar que “nunca, porém, se poderá falar numa prisão em resultado do não pagamento de uma dívida: a causa primeira da prisão é a prática de um «facto punível»...”, num entendimento que seria seguido, por exemplo, pelo Ac. do TC n.º 596/99, de 2-11-1999 (processo n.º 162/97), ou pelo Ac. do STJ de 12-12-2002 (processo 02P4218, disponível in <www.dgsi.pt>), este último aresto já a propósito da condição concretamente prevista no art. 14.º do RGIT para os crimes tributários. Da mesma forma, veja-se SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Tributário*..., ob. cit., pp. 57 ss.

<sup>441</sup> Tal como se suscitava no Acórdão do TC n.º 376/03, de 15 de Julho de 2003 (processo n.º 3/2003), disponível in <www.tribunalconstitucional.pt>, relativamente ao prescrito nos números 6 e 7, do art. 11.º do RJFNA.

<sup>442</sup> Assim dita o Ac. do TC n.º 256/03, de 21 de Maio de 2003 (processo n.º 647/02).

suspensão da execução da pena como medida sancionatória que cuida mais da vítima do que do delinquentes<sup>443</sup>. Portanto, optou-se por concluir pela não desproporcionalidade do regime, apesar da correspondência automática entre montante da quantia em dívida e montante a pagar enquanto condição da suspensão da execução da pena, em virtude da “justificável primazia que, no caso dos crimes fiscais, assume o interesse em arrecadar impostos”<sup>444</sup>, chegando-se à decisão da não inconstitucionalidade desta disciplina.

Para além de tudo, nem perante as hipóteses em que, logo no momento da imposição da obrigação, o julgador já se apercebe de que o condenado muito provavelmente não irá cumprir a condição, por impossibilidade de o fazer, o Tribunal Constitucional altera a sua apreciação, fazendo-o com base em três argumentos principais: (i) o facto de um tal juízo não afastar a possibilidade de suspensão da execução da pena; (ii) poder sempre suceder que as condições económicas e financeiras do indivíduo entretanto se alterem favoravelmente; (iii) e, finalmente, acrescenta-se a compreensão de que um incumprimento não culposos da obrigação não determina a revogação da suspensão, pois que a revogação dependerá da culpa do agente<sup>445, 446</sup>.

De todo o modo, não obstante esta uniformidade das decisões fundamentais, tendentes à conformidade do regime constante do art. 14.º do RGIT (bem como o correspondentemente inscrito no art. 11.º/6 e 7 do RJFNA) com os imperativos constitucionais, trata-se de uma discussão longe de ser

<sup>443</sup> Cfr. o mencionado aresto do TC de 21-05-2003. De resto, idêntico entendimento é professado noutras decisões como no já referido Ac. do TC n.º 376/03, no Ac. do TC n.º 335/03 (de 7-07-2003, respeita ao processo n.º 282/03), no Ac. do TC n.º 29/2007 (de 17-01-2007, com o n.º de processo 677/05), no Ac. do TC n.º 500/05 (de 4-10-2005, refere-se ao processo n.º 51/05), no Ac. do TC n.º 543/06 (processo n.º 612/06, de 27-09-2006), no Ac. do TC n.º 327/2008 (processo n.º 269/08, de 18-06-2008), no Ac. do TC n.º 587/2009 (processo n.º 1110/2006, de 18-11-2009), ou no Ac. do TC n.º 237/2011 (processo n.º 766/10, de 5-06-2011), todos disponíveis em <www.tribunalconstitucional.pt>.

<sup>444</sup> Ainda, o Ac. do TC n.º 256/03.

<sup>445</sup> Nestes termos, veja-se o Ac. do TC n.º 256/03 e, da mesma forma, o Ac. do TC n.º 376/03, que o acompanha. Recentemente, apoiando-se na mesma argumentação, a favor da não inconstitucionalidade do art. 14.º do RGIT, veja-se o Ac. do TRP de 20-02-2013 (processo 131/08.9IDPRT.P1), o Ac. do TRP de 29-04-2015 (processo 290/07.8IDPRT.P1) e o Ac. do TRE de 18-06-2013 (processo 345/09.4IDFAR.EI), todos disponíveis em <www.dgsi.pt>.

<sup>446</sup> Neste âmbito, veja-se ANTUNES, Maria João, “A Constituição penal – especial incidência em matéria fiscal”, *ob. cit.*, pp. 21-22; ainda, AGOSTINHO, Patrícia Naré, “A Relevância da Reposição da Verdade...”, *ob. cit.*, pp. 125 ss.

pacífica<sup>447</sup>. Nesse sentido, é particularmente ilustrativo o voto de vencida da Conselheira Maria Fernanda Palma, aposto ao Acórdão n.º 376/03 do Tribunal Constitucional, em que conclui pela inconstitucionalidade dos números 6 e 7 do artigo 11.º do RJFNA, em nome da violação dos princípios jurídico-constitucionais da igualdade, da necessidade e da proporcionalidade da pena, consagrados nos artigos 13.º e 18.º/2 da nossa Constituição<sup>448</sup>. Tal alinhamento parte fundamentalmente da ideia de que, havendo necessariamente que sujeitar esta pena de substituição ao pagamento da dívida fiscal, prescinde-se de uma “plena ponderação em concreto das exigências de prevenção e de reintegração no momento de decidir a efectiva aplicação e execução da pena”, pois que se associa obrigatória e automaticamente a suspensão da execução da pena de prisão ao pagamento do montante em dívida pela prática do crime tributário, independentemente das condições económicas do condenado, acabando este condicionamento obrigatório por ser estranho “à justificação e à finalidade constitucionalmente relevantes das penas”<sup>449-450</sup>.

Portanto, em suma, apesar de o Tribunal Constitucional vir afirmando a conformidade constitucional do regime contido no art. 14.º do RGIT, alicerçando-se sobretudo na eficácia do sistema fiscal e no interesse público que preside ao dever de pagamento dos impostos para justificar as especialidades

<sup>447</sup> Desde logo, manifestando dúvidas sobre a razoabilidade daquele condicionamento obrigatório, SILVA, Isabel Marques da, *Regime Geral das Infracções Tributárias*, *ob. cit.*, p. 107. Cfr., ainda, NASCIMENTO, Antonieta, “Regime Geral das Infracções Tributárias...”, *ob. cit.*, p. 75.

<sup>448</sup> Cfr. o voto de vencido, anexo ao Ac. do TC n.º 376/03. Também Santos Cabral, em voto de vencido constante do Ac. do STJ de 18-10-2006 (relativo ao processo 06P2935), considera revestir-se de inconstitucionalidade o regime de imperatividade do condicionamento da suspensão da execução do art. 14.º do RGIT, por violação dos princípios da igualdade, da necessidade e da proporcionalidade da pena, por não existir apreciação do julgador no sentido da adequação da condição à culpa ou às circunstâncias do caso concreto.

<sup>449</sup> Assim se afirma no referido voto de vencido, respeitante ao Ac. do TC n.º 376/03. Para além de tudo, a Conselheira em causa é particularmente crítica em relação ao regime da suspensão da execução da pena nos crimes tributários, que considera traduzir-se num desvirtuamento dos meios penais e numa instrumentalização do sistema sancionatório para a recuperação de dívidas fiscais.

<sup>450</sup> Mostrando-se adversária ao argumentos repetidamente invocados pelo Tribunal Constitucional nas referidas decisões de não inconstitucionalidade, e orientando-se no sentido de denotar aqui a negação dos princípios constitucionais da necessidade e da proporcionalidade da tutela dos bens jurídicos e do princípio da culpa, NASCIMENTO, Antonieta, “Regime Geral das Infracções Tributárias...”, *ob. cit.*, pp. 87-88.

deste, em que se atende exclusivamente à prestação tributária em dívida, bem se vê que se trata de uma discussão ainda acesa e cuja solução anda longe da unanimidade.

De resto, deste entendimento reiterado da jurisprudência constitucional parecem poder extrair-se variadas e não irrelevantes ilações, que se prendem com as divergências existentes entre a disciplina geral do Código Penal e aquela a que fica submetida a figura expressamente prevista no artigo 14.º do RGIT. Desde logo, podendo destas decisões derivar a ideia de, na linha do que já vem sendo reconhecido, se procurar fundar a especialidade (e excepcionalidade) do regime do artigo 14.º do Regime Geral das Infracções Tributárias – e que se traduz na imperatividade do condicionamento da suspensão da execução da pena ao pagamento da prestação tributária em falta ou do montante dos benefícios indevidamente obtidos –, em razões directamente relacionadas com a «eficácia do sistema fiscal» e com uma alegada especial pertinência que o interesse em arrecadar impostos assume no caso dos crimes tributários. Ora, uma tal concepção de «suspensão da execução da pena de prisão» claramente não pode coincidir com o arquétipo hoje legalmente previsto no artigo 50.º e seguintes do Código Penal, enquanto medida dotada de preocupações pedagógicas e reeducativas, concretizadora de uma alternativa particularmente adequada às penas privativas da liberdade (curtas e médias) e paradigmática de uma política-criminal marcada pela intervenção mínima, a ser decretada pelo tribunal em certas e justificadas circunstâncias.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegados a este ponto de uma jornada que já vai inevitavelmente prolongada, impõe-se que esboçemos uma última reflexão em torno de toda a problemática que vimos calcorreando, para lá das várias ilações e das outras tantas posições que pontualmente se apresentaram ao longo da presente dissertação.

Percorrida sucintamente e em passos largos a crónica da (meritória) consolidação das medidas substitutivas da pena de prisão no sistema sancionatório penal hodierno, indissociavelmente ligadas ao ideário global de combate às penas detentivas, e vistas em perspectiva as principais fundações da pena de

suspensão da execução da pena de prisão, dominada por um intuito político-criminal específico e caracterizante, a que se contrapuseram as especificidades do direito penal tributário e do Regime Geral das Infracções Tributárias, que encontram paralelo na peculiar disciplina estatuída no seu artigo 14.º, surge-nos enfim uma última indagação.

Referimo-nos à questão de saber se, em face de tão particular construção, que ao longo do último capítulo vimos dissecando, é admissível que se continue a ver na “suspensão da execução da pena de prisão” do artigo 14.º, da Lei n.º 15/2001, aquela pena de substituição que, absorvendo o seu fundamento na convergência da *sursis* franco-belga e da *probation* anglo-americana, se encontra consagrada no artigo 50.º e seguintes do Código Penal. Dito por outras palavras, importa agora, em jeito de epílogo, que nos interroguemos enfim acerca da identificação do mecanismo consagrado naquele dispositivo da legislação penal tributária com a pena de suspensão da execução da pena de prisão tal-qual ela surge configurada no paradigma criminal clássico.

Atendendo ao caminho trilhado até aqui, não se afigura possível outra resposta que não a negação de uma tal identificação. Com efeito, trata-se de uma figura que na sua construção já não corresponde à pena de substituição que se consagrou na dogmática penal moderna, após décadas de aperfeiçoamentos e de transformações, tal-qual ela fora arquitectada no seio da dogmática penal contemporânea, quer por dispor de um esqueleto próprio e distante do firmado na disciplina geral, quer sobretudo por já não corresponder aos mesmos desígnios político-criminais, num conjunto de dissemelhanças que desembocam na subsistência de regimes fatalmente não identificáveis.

Àquela figura tradicionalmente marcada por uma vertente pedagógica e reeducativa, historicamente voltada para o afastamento do agente da criminalidade e essencialmente motivada por vectores de socialização, que permite “cuidar ao mesmo tempo do delinquente e da vítima”<sup>451</sup>, opõe-se pois, no âmbito do direito penal tributário, um mecanismo que, operando em função da recuperação das quantias referentes às prestações tributárias em falta, se move por preocupações de eficácia fiscal e por objectivos de arrecada-

<sup>451</sup> PRETO, José Manso, “Algumas considerações sobre a suspensão condicional da pena”, *ob. cit.*, p. 173.

ção de impostos, traduzindo-se numa medida sancionatória que “cuida mais da vítima do que do delinquente”<sup>452</sup>. Posto isto, torna-se inequívoco que o instituto com que nos deparamos hoje no art. 14.º do RGIT se afasta muito dos princípios que conformam a disciplina comum consagrada no art. 50.º e seguintes do Código Penal, já não se revelando naquela pena de substituição nos moldes com que surge configurada na dogmática penal geral, mas aparecendo antes como uma construção que, baptizada sob idêntica denominação, se encontra ao serviço da eficácia do sistema fiscal. Em face disto, muito longe de inconcebível se apresenta a acusação de tal regime consubstanciar afinal um desvirtuamento dos meios penais e um meio encapotado de obtenção de receitas tributárias, por força da ameaça com a pena de prisão<sup>453</sup>.

De qualquer forma, parece-nos que a manutenção de uma tal desidentificação não tem de corresponder a uma realidade definitiva e inultrapassável, nesse sentido bastando que se proceda à modificação da disciplina do direito penal tributário por forma a tornar o mecanismo do art. 14.º do RGIT concordante com os princípios inspiradores da disciplina da pena de suspensão da execução da pena de prisão, mediante a sua reformulação<sup>454</sup>, designadamente através da remoção do carácter de obrigatoriedade à imposição do pagamento da prestação tributária. Assim, já se afiguraria conforme aos desígnios político-criminais da figura da «pena suspensa» e aos parâmetros do regime comum um mecanismo em que, sem se deixar de atentar ao relevo que o pagamento da prestação tributária deve manter no regime dos crimes tributários, se passasse a configurar a imposição dessa condição como uma faculdade e já não enquanto uma obrigatoriedade intransponível<sup>455</sup>.

Nesses termos, conformando-se o mecanismo do art. 14.º do RGIT com os fundamentos da figura da pena suspensa, o seu accionamento dependeria da verificação dos pressupostos gerais de aplicação da suspensão da pena do art. 50.º do CP, podendo o tribunal condicionar a suspensão ao pagamento da

<sup>452</sup> Cfr. o badalado Acórdão n.º 256/03 do Tribunal Constitucional.

<sup>453</sup> À semelhança do que afirma Maria Fernanda Palma no seu voto de vencida aposto ao Ac. n.º 376/03 do TC.

<sup>454</sup> Identicamente, no sentido de carecer o art. 14.º de reformulação, SILVA, Germano Marques da, “Sobre a responsabilidade civil...”, *ob. cit.*, p. 204.

<sup>455</sup> Em idêntica proposição, AGOSTINHO, Patrícia Naré, “A Relevância da Reposição da Verdade...”, *ob. cit.*, p. 127.

prestação tributária, a ser paga em prazo a fixar até ao limite de cinco anos, não sendo necessário que esse prazo coincida com o período de suspensão (que haveria que corresponder à duração da pena de prisão determinada), podendo prolongar-se por um período superior àquele, à semelhança do que vimos defendendo.

Posto isto, findamos acreditando que esta é uma reformulação (ou reconsideração) que se impõe com premência, quer em virtude das evidenciadas dificuldades que a aplicação daquela disciplina suscita, quer em função da torrencial desarmonia existente ao nível das respostas jurisprudenciais, num conjunto de perplexidades que reclamam soluções dogmaticamente convincentes e juridicamente pertinentes.

## BIBLIOGRAFIA

- ADVISORY COUNCIL ON THE TREATMENT OF OFFENDERS, *Alternatives to Short Terms of Imprisonment, Report*, London: HMSO, 1957;
- AGOSTINHO, Patrícia Naré, “A Relevância da Reposição da Verdade sobre a Situação Tributária e a Regularização de Dívidas Tributárias no RGIT”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 28, número 109, 2007;
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “A Responsabilidade Criminal das Pessoas Colectivas”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, 2006;
- \_\_\_\_\_, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015;
- ANCEL, Marc, “Aspects juridiques du problème”, in *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, Volume 100, 1976;
- \_\_\_\_\_, “De l’individualisation de la peine a la depenalisation”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Número Especial, III, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, 1984;
- ANDRADE, Manuel da Costa, “O novo Código Penal e a moderna criminologia”, in *Jornadas de Direito Criminal, O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, Volume I, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1983;
- \_\_\_\_\_, “A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro) à luz do conceito de «bem jurídico»”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Volume I, Coimbra: Coimbra Editora, 1998;
- \_\_\_\_\_, “O abuso de confiança fiscal e a insustentável leveza (de um acórdão) do Tribunal Constitucional”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Volume III, Coimbra: Coimbra Editora, 2009;
- ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto Penale: Parte Generale*, Milano: Giuffrè, 1994;

- ANTUNES, José Augusto Engrácia, “Algumas notas sobre a determinação da medida judicial da pena no Código Penal português”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 53, 1993;
- ANTUNES, Maria João, “Alterações ao sistema sancionatório”, in *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, número 8 (especial), *Jornadas sobre a revisão do Código Penal: Estudos*, 2008;
- \_\_\_\_\_, *Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013;
- \_\_\_\_\_, “A Constituição penal – especial incidência em matéria fiscal”, in *Curso de Especialização: Temas de Direito Fiscal Penal*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2013;
- ANTUNES, Paulo Rodrigues, *Infracções Fiscais e seu Processo – Regime Geral Anotado, Actualizado segundo as alterações orçamentais de 2003/2004*, Coimbra: Almedina, 2004;
- BANDEIRA, Gonçalo de Melo, «Responsabilidade» Penal Económica e Fiscal dos Entes Colectivos, *À Volta das Sociedades Comerciais e Sociedades Cíveis sob a Forma Comercial*, Coimbra: Almedina, 2004;
- BARREIROS, José António, “As instituições criminais em Portugal no século XIX: subsídios para a sua história”, in *Análise Social*, Volume XVI, número 63, 1980;
- BERDET, Marcelo, “Are alternative sanctions an effective civil remedy to overcrowding prison population in Brazil?”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 21, Volume 103, 2013;
- BERNARDI, Alessandro, “Le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi nella recente esperienza francese”, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Ano XXVII, 1984;
- BESTARD, H., “Les substituts aux courtes peines d’emprisonnement et l’application de la loi du 11 juillet 75”, in *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, Volume 102, 1978;
- BRANDÃO, Nuno, “Conhecimento superveniente do concurso e revogação de penas de substituição: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de Julho de 2003”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 15, número 1, 2005;
- \_\_\_\_\_, “O regime sancionatório das pessoas colectivas na revisão do Código Penal”, in *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, número 8 (Especial) – *Jornadas sobre a Revisão do Código Penal*, 2008;
- \_\_\_\_\_, “O regime sancionatório das pessoas colectivas na revisão do código penal”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Volume III, Coimbra: Coimbra Editora, 2009;
- BRAVO, Jorge dos Reis, *Direito Penal de Entes Colectivos: ensaio sobre a punibilidade de pessoas colectivas e entidades equiparadas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008;
- BRICOLA, Franco, “Le misure alternative alla pena nel quadro di una «nuova» politica criminale”, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Ano XX, 1977;
- BRITO, José de Sousa e, “A medida da pena no novo Código Penal”, in *Boletim da Faculdade de Direito – Número Especial, III, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, 1984;
- BRUNS, Hans-Jürgen, *Strafzumessungsrecht: Gesamtdarstellung*, 2., neubearbeitete und erweiterte Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag KG, 1974;
- CANNAT, Pierre, “Bibliographie, La prison, les mesures non institutionnelles et le projet de code pénal portugais de 1963, par Eduardo Correia (Coimbre – 1965)”, in *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, Ano 90, 1966;
- CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, Coimbra: Coimbra Editora, 2014;

- CARDONA, Maria Celeste, “Algumas notas sobre a problemática das infracções fiscais não aduaneiras”, in *Problemas Fundamentais do Direito Tributário*, Lisboa: Vislis Editores, 1999;
- CARVALHO, Américo Taipa de, “As Penas no Direito Português após a Revisão de 1995”, in *Jornadas de Direito Criminal, Volume 2, Revisão do Código Penal: Alterações ao Sistema Sancionatório e Parte Especial*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1998;
- CARVALHO, José da Fonseca, “Sanções acessórias no âmbito do Regime Geral das Infracções Tributárias”, in *III Congresso de Direito Fiscal*, Porto: Vida Económica, 2013;
- CATARINO, João Ricardo / VICTORINO, Nuno, “Aspectos Gerais e Específicos do Novo Regime Geral das Infracções Tributárias”, in *Fiscalidade*, número 9, 2002;
- \_\_\_\_\_, *Infracções Tributárias: anotações ao regime geral*, Coimbra: Wolters Kluwer Portugal – Coimbra Editora, 2012;
- \_\_\_\_\_, “O regime sancionatório das infracções às leis fiscais”, in *Lições de Fiscalidade, Volume I – O Sistema Tributário Português*, Coimbra: Almedina, 2013;
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente, “Direito Penal Tributário – Observações de Aspectos da Teoria Geral do Direito Penal”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 3, Volume 11;
- CHORÃO, Mário Bigotte, “«Probation», Alguns aspectos jurídicos, criminológicos e sociais”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume XII, 1960;
- CID MOLINÉ, José, “La suspensión de la pena en España: descarceración y reincidencia”, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, número 15, 2005;
- CONCAS, Luigi, “La sospensione condizionale della pena dopo la legge 24 Novembre 1981 n 689”, in *Studi Economico-Giuridici*, Volume L, 1982-1983;
- CORDEIRO, Adelino Robalo, “Escolha e medida da pena”, in *Jornadas de Direito Criminal, O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, Volume I, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1983;
- \_\_\_\_\_, “A determinação da pena”, in *Jornadas de Direito Criminal, Volume 2, Revisão do Código Penal: Alterações ao Sistema Sancionatório e Parte Especial*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1998;
- CORNIL, Paul, “Sursis et probation, La loi belge du 29 juin 1964”, in *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, número 1, 1965;
- CORREIA, Eduardo, “Assistência prisional e post-prisional”, in *Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Homenagem ao Prof. Dr. José Alberto dos Reis*, Coimbra, 1956;
- \_\_\_\_\_, “Código Penal: Projecto da Parte Geral”, *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, número 127, Lisboa: Empresa Nacional de Publicidade, 1963;
- \_\_\_\_\_, “Le prison, les mesures non-institutionnelles et le projet du Code Pénal Portugais de 1963”, *Separata do Volume XVI do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Estudos «In Memoriam» do Prof. Beza dos Santos*, Coimbra, 1965;
- \_\_\_\_\_, “A influência de Franz v. Liszt sobre a reforma penal portuguesa”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume XLVI, 1970;

- \_\_\_\_\_, “As grandes linhas da reforma penal”, in *Jornadas de Direito Criminal, O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, Fase I, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1983;
- \_\_\_\_\_, “Introdução ao Direito Penal Económico”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Volume I, Coimbra: Coimbra Editora, 1998;
- \_\_\_\_\_, “Os artigos 10.º do decreto-lei n.º 27 153, de 31-10-1936, e 4.º, n.º 1, do decreto-lei n.º 28 221, de 24-11-1937, a reforma fiscal e a jurisprudência (secção criminal) do S. T. J.”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Volume II: Problemas Especiais, Coimbra: Coimbra Editora, 1999;
- \_\_\_\_\_, *Direito Criminal, II*, Coimbra: Almedina, 2014;
- COSTA, José Gonçalves da, “Suspensão da execução da pena e regime de prova”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 4, número 15, 1983;
- \_\_\_\_\_, “A parte geral no projecto de reforma do Código Penal português”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 3, 1993;
- COSTA, José de Faria / ANDRADE, Manuel da Costa, “Sobre a concepção e os princípios do direito penal económico, Notas a propósito do colóquio preparatório da AIDP (Freiburg, Setembro de 1982)”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Volume I: Problemas Gerais, Coimbra: Coimbra Editora, 1998;
- COSTA, José de Faria, *Direito Penal Económico*, Coimbra: Quarteto Editora, 2003;
- \_\_\_\_\_, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012;
- COSTA, José Manuel Cardoso da, *Curso de Direito Fiscal*, Coimbra: Livraria Almedina, 1972;
- DIAS, Augusto Silva, “O Novo Direito Penal Fiscal Não Aduaneiro (Dec.-lei n.º 20-A/90 de 15 de Janeiro), Considerações Dogmáticas e Político-Criminais”, in *Revista Fisco*, Ano 2, número 22, 1990;
- \_\_\_\_\_, “Crimes e contra-ordenações fiscais”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Volume II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999;
- DIAS, Jorge de Figueiredo, “As tendências recentes da política criminal e o novo Código Penal português de 1982”, in *Revista de Direito Penal e Criminologia*, número 34, 1982;
- \_\_\_\_\_, “Os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português do Futuro”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, número 43, 1983;
- \_\_\_\_\_, “Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, número 3714, Ano 116-117, 1983-85;
- \_\_\_\_\_, “O sistema sancionatório do direito penal português no contexto dos modelos de política criminal”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Número especial I, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, 1984;
- \_\_\_\_\_, “Velhas e novas questões sobre a pena de suspensão de execução da prisão”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 124.º, número 3804, 1991;
- \_\_\_\_\_, “A Pena de Multa de Substituição”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 125.º, número 3819, 1992-93;

- \_\_\_\_\_, “Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal económico”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Volume I, Coimbra: Coimbra Editora, 1998;
- \_\_\_\_\_, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001;
- \_\_\_\_\_, “Sobre o «modelo» de determinação da medida da pena”, Separata de *Notáveis do Direito Penal: Livro em homenagem ao emérito Professor Doutor René Ariel Dotti*, Brasília: Editora Consulex, 2006;
- \_\_\_\_\_, *Direito Penal Português, Parte Geral II: As Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013;
- DIAS, Jorge de Figueiredo / ANDRADE, Manuel da Costa, “O Crime de Fraude Fiscal no Novo Direito Penal Tributário Português, (Considerações sobre a Factualidade Típica e Concurso de Infracções)”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 6, 1996;
- \_\_\_\_\_, *Criminologia, O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013;
- DIAS, Pedro Ferreira, “Suspensão da execução da pena e perdimento de coisas ou direitos relacionados com o crime”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 8.º, número 31, 1987;
- DOLCINI, Emilio, “Le «sanzioni sostitutive» applicate in sede di condanna”, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Ano XXV, 1982;
- \_\_\_\_\_, “Ancora una riforma della sospensione condizionale della pena?”, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Ano XXVIII, 1985;
- \_\_\_\_\_, “Sui rapporti tra sospensione condizionale della pena, pena pecuniaria e pene accessorie, A proposito di una riforma in gestazione nell’ordinamento italiano”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume LXXXVI, 2000;
- FERNANDÉZ ALBOR, Agustín, “Carceles y reaccion social”, in *Estudios em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, Número especial I, 1984;
- \_\_\_\_\_, Agustín, *Estudios sobre Criminalidad Económica*, Barcelona: Bosch, 1978;
- FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal, Parte Geral*, Coimbra: Almedina, 2010;
- FIANDACA, Giovanni / MUSCO, Enzo, *Diritto penale: Parte generale*, Bologna: Zanichelli Editore, 1995;
- FINI, Giorgio / ZANNOTTI, Roberto, “Sospensione condizionale e sanzioni sostitutive”, in *Rivista Penale: rivista mensile di dottrina, giurisprudenza e legislazione*, 1984;
- GARCIA, Eva Vaz Freixo, “Análise da natureza da responsabilidade subsidiária prevista no artigo 8.º, n.º 1 do RGIT e da (in)constitucionalidade da sua aplicação, à luz do princípio da intransmissibilidade das penas”, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano 5, número 4, 2013;
- GERSÃO, Eliana, “Revisão do sistema jurídico relativo à infracção fiscal”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Volume II: Problemas Especiais, Coimbra: Coimbra Editora, 1999;
- GILMAN, William Themudo, “Uma pena de trabalho a favor da comunidade: breves notas”, in *Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique*, número 11, 2003;
- GIUNTA, Fausto, “Sospensione condizionale della pena”, in *Enciclopedia del Diritto*, Volume XLIII: Sospensione – Sviluppo, Milano: Giuffrè, 1990;

- GOMES, Nuno de Sá, “A criminalização das infracções tributárias”, in *Ciência e Técnica Fiscal*, número 392, 1998;
- \_\_\_\_\_, *Evasão Fiscal, Infracção Fiscal e Processo Penal Fiscal*, Lisboa: Rei dos Livros, 2000;
- \_\_\_\_\_, *Manual de Direito Fiscal*, Volume I, Lisboa: Rei dos Livros, 2000;
- GONÇALVES, Jorge Baptista, “A revisão do Código Penal: Alterações ao sistema sancionatório relativo às pessoas singulares”, in *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, número 8 (especial), *Jornadas sobre a revisão do Código Penal: Estudos*, 2008;
- GONÇALVES, Laureano, *Direito Penal Fiscal, Evasão e Fraude Fiscais*, Porto: Vida Económica, 2013;
- GONÇALVES, Manuel Maia, *Código Penal Português, Anotado e comentado, Legislação complementar*, Coimbra: Almedina, 2007;
- GRACIA MARTÍN, Luis / BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel / ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen, *Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito, El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1998;
- \_\_\_\_\_, *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del Delito: Adaptado a las Leyes Orgánicas 7/2003, de 30 de junio, 11/2003, de 29 de septiembre, 15/2003, de 25 de noviembre, y 1/2004, de 28 de diciembre; con un Anexo legislativo y documental sobre el sistema de consecuencias jurídicas del delito en el Derecho español*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006;
- GRASSO, Giovanni, “Le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi: osservazioni critiche ad un recente progetto di legge”, in *JUS*, Ano XXVII, número 1-2, 1980;
- GRAVEN, Philippe, “Quelques considérations sur le sursis”, in *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique*, Volume XXIV, número 1, 1970 ;
- GUERREIRO, António Mouteira, “Em torno da infracção fiscal”, in *Ciência e Técnica e Fiscal*, número 37-38, 1962;
- HÜNERFELD, Peter, *Die Entwicklung der Kriminalpolitik in Portugal*, Bonn: Ludwig Röhrscheid Verlag, 1971;
- JACOBS, Ann, “Quelques réflexions sur l’avenir des courtes peines d’emprisonnement en Belgique”, in *Revue de la Faculté de Droit de l’Université de Liège*, 2006;
- JAGUSCH, Heinrich, “Über die Strafaussetzung zur Bewährung (§§ 23-25 StGB)”, in *JuristenZeitung*, 1953;
- JARDIM, Maria Amélia Vera, *Trabalho a Favor da Comunidade, A punição em mudança*, Coimbra: Almedina, 1988;
- JESCHECK, Hans-Heinrich, “Principes et solutions de la politique criminelle dans la réforme pénale allemande et portugaise”, in *Estudos «In Memoriam» do Prof. Doutor José Beza dos Santos*, Volume I, Separata do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume 16, Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 1966;
- \_\_\_\_\_, “L’utilisation en pratique des sanctions nouvelles du droit pénal allemand”, in *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, número 1, 1979;
- \_\_\_\_\_, “La crisis de la política criminal”, in *Doctrina Penal, Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*, Ano 3, 1980;
- \_\_\_\_\_, “La peine privative de liberté dans la politique criminelle moderne. Exposé comparatif de la situation en République fédérale d’Allemagne et en France”, in *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1982, número 1;

- \_\_\_\_\_, “Alternativas a la pena privativa de libertad en la moderna política criminal”, in *Estudios Penales y Criminológicos*, VIII, Santiago de Compostela: U. S. C., 1985;
- \_\_\_\_\_, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Granada: Editorial Comares, 1993;
- KAUFMANN, Armin, “Die Strafaussetzung zur Bewährung und das Verbot der reformatio in peius”, in *JuristenZeitung*, 1958;
- KERNER, Hans-Jürgen, “Les sanctions pénales classiques et leurs alternatives dans le politiques criminelles européennes”, in *O Direito Penal em Ação numa Sociedade em Evolução, XXXVII Curso Internacional de Criminologia, Lisboa, 21-25 de Abril de 1986*, Lisboa: Ministério da Justiça e Centro de Estudos Judiciários, 1989;
- KUHN, André, “Prison, substituts et alternatives”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Volume L, números 1-2, 2009;
- LACKNER, Karl, “Die Strafaussetzung zur Bewährung und die bedingte Entlassung”, in *JuristenZeitung*, 1953;
- LARGUIER, Jean / CONTE, Philippe, *Droit pénal des affaires*, Paris: Armand Colin, 1998;
- LARRAURI, Elena, “Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho Penal español”, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLIV, número 1, 1991;
- LATAS, António João, “O novo quadro sancionatório das pessoas singulares: Revisão do Código Penal de 2007”, in *A Reforma do Sistema Penal de 2007: Garantias e Eficácia*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008;
- LEAL-HENRIQUES, Manuel / SANTOS, Manuel Simas, *Código Penal Anotado, I Volume*, Lisboa: Rei dos Livros, 2002;
- LEIGH, M. L. H., “Politique et mesures pénales relatives aux infractions économiques”, in *Aspects Criminologiques de la Délinquance d’Affaires: Rapports présentés à la douzième Conférence de directeurs d’instituts de recherches criminologiques (1976)*, Strasbourg: Conseil de l’Europe, 1978;
- LEITE, André Lamas, “A suspensão da execução da pena privativa de liberdade sob pretexto da Revisão de 2007 do Código Penal”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Volume 2, Coimbra: Coimbra Editora, 2009;
- \_\_\_\_\_, “Execução da pena privativa de liberdade e ressocialização em Portugal: linhas de um esboço”, in *Revista de Criminologia e Ciências Penitenciárias*, Ano 1, número 1, 2011;
- \_\_\_\_\_, *As Penas de Substituição em Perspectiva Político-Criminal e Dogmática (Contributo para uma análise sistemática)*, Dissertação conducente à obtenção do grau académico de Doutor em Direito (Ciências Jurídico-Criminais), apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Porto: FDUP, 2015;
- LISZT, Franz von, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Band 1: 1875 bis 1891*, Berlin: J. Guttentag, 1905;
- MALINVERNI, Alessandro, *Principi di Diritto Penale Tributario*, Padova: CEDAM, 1962;
- MANTOVANI, Ferrando, “Pene e misure alternative”, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Ano XX, 1977;
- \_\_\_\_\_, “Sanzioni alternative alla pena detentiva e prevenzione generale”, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna: Società editrice il Mulino, 1980;
- \_\_\_\_\_, *Diritto Penale: Parte Generale*, Padova: CEDAM, 2011;

- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Suspensión, Sustitución y Ejecución de las Penas Privativas de Libertad*, Granada: Comares, 2008;
- MARINUCCI, Giorgio / DOLCINI, Emilio, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Milano: Giuffrè Editore, 2012;
- MARSANGY, Bonneville de, *De L'Amélioration de la Loi Criminelle, En vue d'une justice plus prompte, plus efficace, plus généreuse et plus moralisante, II*, Paris: Cosse et Marchal, 1864;
- MARTINS, Castro / MALHEIROS, Macaísta, "A pena de prisão no direito fiscal", in *Ciência e Técnica Fiscal*, Boletim da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, Ministério das Finanças, números 220/222 e 226/228, 1977;
- MARTINS, A. Lourenço, *Medida da Pena – Finalidades – Escolha, Abordagem crítica de doutrina e de jurisprudência*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011;
- MARTÍNEZ, Pedro Soares, *Direito Fiscal*, Coimbra: Livraria Almedina, 1997;
- MARX, Yvonne, "La probation, état actuel et aspects sociaux", in *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, Ano 79.º, 1955;
- MATTA, Caeiro da, *Direito Criminal Português*, Volume II, Coimbra: F. França Amado, 1911;
- MAURACH, Reinhart / GÖSSEL, Karl Heinz / ZIPF, Heinz, *Derecho penal: Parte general, 2, Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995;
- MENEZES, Armando Faria, "Processo penal fiscal e de segurança social. Processo de averiguações dos crimes fiscais. Natureza jurídica, (Reflexões sobre o processamento dos crimes fiscais não aduaneiros e de Segurança Social)", in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 7, 1997;
- MIGNOSI, Umberto, "Il diritto penaltributario è un diritto speciale?", in *Rivista Penale: rivista mensile di dottrina, giurisprudenza e legislazione*, 1994;
- MINISTÉRIO DAS FINANÇAS, *Anteprojecto do Regime Geral das Infracções Tributárias*, Lisboa: Ministério das Finanças, 1999;
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, COMISSÃO DE REVISÃO DO CÓDIGO PENAL, *Código Penal: actas e projecto da Comissão de Revisão*, Lisboa: Rei dos Livros, 1993;
- MONTE, Mário Ferreira, "Da reparação penal como consequência jurídica autónoma do crime", in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003;
- MONTEIRO, Fernando Conde, "O alargamento do âmbito de aplicação da suspensão da execução da pena de prisão na *Reforma do Sistema Penal de 2007*", in *Direito e Justiça: Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, Volume I, 2011;
- \_\_\_\_\_, "O artigo 8.º do RGIT: reflexões axiológico-normativas", in *IV Congresso de Direito Fiscal*, Porto: Vida Económica, 2014;
- MONTEIRO, Fernando Conde / SANTOS, Margarida / CARNEIRO, Ana Teresa, "A pena de multa de substituição no actual Código Penal Português – Algumas considerações de natureza política e jurídico-criminal", in *Estudos em Comemoração dos 20 Anos da Escola de Direito da Universidade do Minho*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014;
- MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004;
- MUSCO, Enzo, "La riforma del sistema sanzionatorio", in *Diritto Penale in Trasformazione*, Milano: Giuffrè, 1985;

- NABAIS, José Casalta, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos, Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*, Coimbra: Almedina, 2015;
- \_\_\_\_\_, *Direito Fiscal*, Coimbra: Almedina, 2017;
- NASCIMENTO, Antonieta, “Regime Geral das Infracções Tributárias – dificuldades de aplicação dos arts. 14.º/1 e 22.º”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 20, 2010;
- NOITES, Mariana Brandão de Pinto, “Ainda a problemática dos agentes das infracções tributárias: considerações sobre a aplicabilidade da reversão da execução fiscal como meio para efectivar a responsabilidade dos administradores e representantes das sociedades”, in *Revista Fiscal*, número 11, 2009;
- OLIVEIRA, Augusto de, *Pena Suspensa*, Lisboa: Tip. da Cadeia Penitenciária, 1940;
- OLIVEIRA, Odete Maria de, “Penas de substituição”, in *Jornadas de Direito Criminal, Volume 2, Revisão do Código Penal: Alterações ao Sistema Sancionatório e Parte Especial*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1998;
- PADOVANI, Tullio, “Sospensione e sostituzione nella prospettiva d’un nuovo sistema sanzionatorio”, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Ano XXVIII, 1985;
- PAGLIARO, Antonio, “Le sanzioni sostitutive”, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Ano XXVIII, 1985;
- PAIVA, Carlos, *Das infracções fiscais à sua perseguição processual*, Coimbra: Almedina, 2012;
- PALAZZO, Francesco, “Le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi”, in *Studi Economico-Giuridici, Volume L, Tomo 2*, 1982-1983;
- \_\_\_\_\_, “Le pene sostitutive: nuove sanzioni autonome o benefici con contenuto sanzionatorio?”, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Ano XXVI, 1983;
- \_\_\_\_\_, “Analisi empiriche ed indicazioni di riforma in materia di sanzioni sostitutive *ex officio*”, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Ano XXIX, 1986;
- \_\_\_\_\_, “A evolução do sistema sancionatório em Itália”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 6, 1996;
- PEARS, Edwin, *Prisons and Reformatories at home and abroad being the Transactions of the International Penitentiary Congress held in London July 3-13*, London: Longmans, Green and Co., 1872;
- PEREIRA, Luís de Miranda, “«Sanções e medidas de execução na comunidade», a importância dos relatórios sociais e a reforma do Código de Processo Penal. Política criminal em vigor: metas e realidade e a necessidade de um conceito abrangente de prevenção”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 8, 1998;
- PEREIRA, Victor de Sá / LAFAYETTE, Alexandre, *Código Penal: Anotado e Comentado, Legislação conexa e complementar*, Lisboa: Quid Juris, 2014;
- PINATEL, Jean, “Peines de substitution et criminologie”, in *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique*, Volume XXXVII, 1984;
- PINTO, António Augusto Tolda / BRAVO, Jorge dos Reis, *Regime Geral das Infracções Tributárias e Regimes Sancionatórios Especiais: Anotados*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002;
- PINTO, J. Roberto, “Pena Suspensa e Regime de Prova no Projecto de Código Penal”, Separata de *Boletim da Administração Penitenciária e dos Institutos de Criminologia*, número 22, 1967;

- POLAINO NAVARRETE, Miguel, “El delito fiscal: secuencias fallidas de una reforma penal”, in *Estudios Penales y Criminológicos*, Volume IX, 1986;
- POMBO, Nuno, *A Fraude Fiscal, A norma incriminadora, a simulação e outras reflexões*, Coimbra: Almedina, 2007;
- PRETO, José Manso, “Algumas considerações sobre a suspensão condicional da pena”, in *Textos: Centro de Estudo Judiciários*, Lisboa: CEJ, Volume 1, 1990-91;
- RENTZMANN, MM. / ROBERT, J. P., *Les mesures alternatives à l'emprisonnement*, Strasbourg: Conseil de l'Europe, 1986;
- RIBEIRO, José Antunes, *Regime Geral das Infrações Tributárias (fiscais, aduaneiras e contra a segurança social)*, Anotado e Comentado, *Legislação Complementar*, Lisboa: Quid Juris?, 2002;
- RIBEIRO, José Joaquim Teixeira, *A Reforma Fiscal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1989;
- RICO, Jose M., “Medidas substitutivas de la pena de prision”, in *Anuario del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, 1968;
- ROCA AGAPITO, Luis, *El Sistema de Sanciones en el Derecho Penal Español*, Barcelona: J. M. Bosch, 2007;
- ROCHA, Manuel Lopes, “O novo Código Penal português – um ano depois”, in *EPC*, VIII, 1985;
- \_\_\_\_\_, “A revisão do Código Penal português: sentido e extensão das alterações da parte geral no anteprojecto da comissão revisora”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 3, 1993;
- RODRIGUES, Anabela Miranda, “Critério de escolha das penas de substituição no Código Penal Português”, Separata do número especial do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia» – 1984*, Coimbra, 1988;
- \_\_\_\_\_, “A fase de execução das penas e medidas de segurança no direito português”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, número 380, 1988;
- \_\_\_\_\_, “As sanções penais clássicas e alternativas na legislação portuguesa”, in *O Direito Penal em Acção numa Sociedade em Evolução, XXXVII Curso Internacional de Criminologia, Lisboa, 21-25 de Abril de 1986*, Lisboa: Ministério da Justiça e Centro de Estudos Judiciários, 1989;
- \_\_\_\_\_, “A determinação da medida concreta da pena privativa da liberdade e a escolha da pena, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de Março de 1990 (3.<sup>a</sup> Secção – Processo n.º 40 639)”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2, 1991;
- \_\_\_\_\_, “Sistema punitivo português, Principais alterações no Código Penal revisto”, in *Sub Judge: Justiça e Sociedade*, número 11, 1996;
- \_\_\_\_\_, “Direito penal fiscal”, in *Verbo: Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura, Edição Século XXI*, Lisboa e São Paulo: Editorial Verbo, Volume 9, 1998-2003;
- \_\_\_\_\_, “Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Volume II: Problemas Especiais, Coimbra: Coimbra Editora, 1999;
- \_\_\_\_\_, “Pena de prisão substituída por pena de prestação de trabalho a favor da comunidade (prática de um crime de receptação dolosa), Sentença do tribunal de círculo e de comarca de Figueira da Foz de 29 de Maio de 1998”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 9, número 4, 1999;

- \_\_\_\_\_, “O modelo de prevenção na determinação da medida concreta da pena privativa de liberdade”, in *Problemas fundamentais de Direito Penal, Homenagem a Claus Roxin*, Lisboa: Universidade Lusíada, 2002;
- \_\_\_\_\_, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade (Os critérios da culpa e da prevenção)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014;
- ROSA, Manuel Cortes, “Natureza jurídica das penas fiscais”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Volume II: Problemas Especiais, Coimbra: Coimbra Editora, 1999;
- ROSAL, Juan del, “Ideas sobre la aplicación de los principios de Derecho Penal a la infracción tributaria”, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1963, Tomo XVI;
- ROXIN, Claus, “El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo”, in *Doctrina Penal, Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*, Ano 2, números 5-8, 1979;
- \_\_\_\_\_, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, Instituto Editorial Reus, S. A., 1981;
- \_\_\_\_\_, *Problemas Fundamentais de Direito Penal* (tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz), Lisboa: VEGA, 1998;
- SAINZ DE BUJANDA, Fernando, “En torno al concepto y al contenido del Derecho Penal Tributario”, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXI, 1968;
- SANCHES, J. L. Saldanha, *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007;
- SANTOS, André Teixeira dos, *O Crime de Fraude Fiscal: Um contributo para a configuração do tipo objectivo de ilícito a partir do bem jurídico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009;
- SANTOS, Cláudia Cruz, *O Crime de Colarinho Branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001;
- SANTOS, José Beleza dos, “A suspensão condicional da execução da pena e os efeitos do não cumprimento das condições”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 74, número 2700, 1941-1942;
- SANTOS, Hugo, “Os *fiduciary duties* dos administradores das sociedades comerciais e o regime jurídico da solidariedade passiva constante do (revogado) art. 8.º, n.º 7, do RGIT e do (repristinado) art. 7.º-A, n.º 2, do RJIFNA. Cooperação dialéctica entre o Tribunal Constitucional e o Supremo Tribunal de Justiça?”, in *Revista Fiscal*, número 3, 2014;
- SANTOS, Manuel Simas, “Substitute measures for punishment and alternative punishments”, in *Justice Across the Atlantic, The theory and the reality of the criminal process in Portugal and in the United States of America*, Lisboa: Luso-American Development Foundation, 1998;
- SANTOS, Manuel Simas / LEAL-HENRIQUES, Manuel, *Noções Elementares de Direito Penal*, Lisboa: Rei dos Livros, 2009;
- SCIELLO, Andrea, “Prime osservazioni sui nuovi reati tributari”, in *Diritto e Pratica Tributaria*, Volume LXXI, número 2, 2000;
- SERRANO PASCUAL, Mariano, *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho Penal español*, Madrid: Trivium, 1999;
- SILVA, Germano Marques da, “Imposto, Ética e Crime (Tentativa de resposta a algumas interrogações correntes)”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, Volume II – Ciências Jurídico-Económicas, Coimbra: Livraria Almedina, 2000;

- \_\_\_\_\_, “Notas sobre o regime geral das infracções tributárias (Aprovado pela Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho)”, in *Direito e Justiça*, Volume XV, Tomo 2, 2001;
- \_\_\_\_\_, *Direito Penal Português: Parte Geral, Volume III: Teoria das penas e medidas de segurança*, Lisboa: Verbo, 2008;
- \_\_\_\_\_, *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Lisboa: Editorial Verbo, 2009;
- \_\_\_\_\_, “Responsabilidade subsidiária dos gestores por coimas aplicadas a pessoas colectivas”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano 2, número 3, 2009;
- \_\_\_\_\_, *Direito Penal Tributário (Relatório), Sobre as responsabilidades das sociedades e dos seus administradores conexas com o crime tributário (Lição de síntese)*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009;
- \_\_\_\_\_, “Sobre a responsabilidade civil emergente do crime tributário e outras questões pertinentes”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha, Volume II: Economia, Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Coimbra: Almedina, 2010;
- SILVA, Isabel Marques da, *Regime Geral das Infracções Tributárias*, Coimbra: Almedina, 2017;
- SNACKEN, Sonja, “Les courtes peines de prison”, in *Déviance et Société*, 1986, Volume 10, número 4;
- SOUSA, Alfredo José de, *Infracções Fiscais – não aduaneiras –*, Coimbra: Almedina, 1998;
- \_\_\_\_\_, “Direito penal fiscal – uma perspectiva”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Volume II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999;
- SOUSA, Jorge Lopes de, “Responsabilidade subsidiária por multas e coimas aplicadas por infracções fiscais”, in *Colóquios AMJAFP – Associação dos Magistrados da Jurisdição Administrativa e Fiscal de Portugal*, Lisboa: AMJAFP, 2010;
- SOUSA, Jorge Lopes de / SANTOS, Manuel Simas, *Regime Geral das Infracções Tributárias Anotado*, Lisboa: Áreas Editora, 2010;
- SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais: Análise Dogmática e Reflexão sobre a Legitimidade do Discurso Criminalizador*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006;
- \_\_\_\_\_, “Os crimes fiscais: algumas considerações críticas”, in *Justiça Penal Portuguesa e Brasileira: Tendências de Reforma*, São Paulo: IBCCRIM, 2008;
- \_\_\_\_\_, “Sobre o bem jurídico-penal protegido nas incriminações fiscais”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Volume III, Coimbra: Coimbra Editora, 2009;
- \_\_\_\_\_, “A infracção fiscal (e a sua natureza) no direito português: breve percurso histórico”, in *Boletim de Ciências Económicas*, Volume LIII, 2010;
- \_\_\_\_\_, “Os crimes fiscais na Alemanha e em Portugal: entre semelhanças e diferenças”, in *Direito Penal: Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais, Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013;
- TAK, Peter J. P., “Mesures alternatives à l’application de la peine d’emprisonnement dans les états membres du Conseil de l’Europe”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume LXIV, 1988;
- TEIXEIRA, António Braz, *Princípios de Direito Fiscal*, Volume I, Coimbra: Livraria Almedina, 1991;
- TEIXEIRA, Carlos, in *Comentário das Leis Penais Extravagantes, Volume II*, Albuquerque, Paulo Pinto e Branco, José (Organização), Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011;

- TEIXEIRA, Glória, *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra: Almedina, 2016;
- \_\_\_\_\_, “Estudos sobre as infracções tributárias”, in *III Congresso de Direito Fiscal*, Porto: Vida Económica, 2013;
- TIEDEMANN, Klaus, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität I, Allgemeiner Teil*, Reinbek bei Hamburg: Rowohlt, 1976;
- \_\_\_\_\_, “El concepto de derecho economico, de derecho penal economico y de delito economico”, in *Revista Chilena de Derecho*, Volume 10, 1983;
- \_\_\_\_\_, *Poder Economico y Delito: Introduccion al derecho penal economico y de la empresa*, Barcelona: Ariel Derecho, 1985;
- \_\_\_\_\_, *Lecciones de Derecho Penal Económico (Comunitario, español, alemán)*, Barcelona: PPU, 1993;
- TRAPANI, Mario, *Le Sanzioni Penali Sostitutive*, Padova: CEDAM, 1985;
- VASQUES, Sérgio, *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra: Almedina, 2015;
- VASSALLI, Giuliano, “Il disegno di legge sulla sospensione condizionale della pena e sulle sanzioni sostitutive”, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Ano XXVIII, 1985;
- VELLAS-RAPP, Catherine, “Les peines de substitution en droit comparé”, in *Annales de L’Université des Sciences Sociales de Toulouse*, Tome XXXI;
- VIANA, João Matos, “A (in)constitucionalidade da responsabilidade subsidiária dos administradores e gerentes pelas coimas aplicadas à sociedade, Comentário ao acórdão do STA de 4 de Fevereiro (processo n.º 0829/08) e ao acórdão do tribunal constitucional n.º 129/2009, de 12 de Março”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano 2, número 2, 2009;
- WEIGEND, Thomas, “Die kurze Freiheitsstrafe – eine Sanktion mit Zukunft?”, in *JuristenZeitung*, 1986;
- WEIGEND, Thomas / JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, Granada: Comares, 2002;
- ZIELINSKA, Eleonora, “Les mesures pénales substitutives de la privation de liberté dans les pays socialistes européens, notamment les travaux d’intérêt général”, in *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, número 1, 1985;
- ZIPF, Heinz, *Kriminalpolitik, Ein Lehrbuch*, Heidelberg, Karlsruhe: C. F. Müller, 1980.

## Lista de Jurisprudência Mencionada

### Tribunal Constitucional:

- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 237/2011 (processo 766/10, de 5-06-2011);
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 587/2009 (processo 1110/2006, de 18-11-2009);
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 327/2008 (processo 269/08, de 18-06-2008);
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 29/2007 (processo 677/05, de 17-01-2007);
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 543/06 (processo 612/06, de 27-09-2006);
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 61/2006 (processo n.º 442/05, de 18-01-2006);

- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 500/05 (processo 51/05, de 4-10-2005);
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 376/03 (processo 3/2003, 15-07-2005);
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 335/03 (processo 282/03, de 7-07-2003);
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 256/03 (processo 647/02, de 21-05-2003),
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 596/99 (processo 162/97, de 2-11-1999);
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 440/87 (processo 188/86, de 4-11-1987).

### **Supremo Tribunal de Justiça:**

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 8/2012, de 12 de Setembro de 2012 (processo 139/09.7IDPRT-A. S1);
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de Fevereiro de 2010 (processo 106/01.9IDPRT.S1);
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Dezembro de 2008 (processo 07P020);
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Julho de 2008 (processo 06P103);
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Abril de 2007 (processo 07P1424);
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Outubro de 2006 (processo 06P2935);
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de Maio de 2006 (processo 06P1294);
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Janeiro de 2003 (processo 02P972);
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Dezembro de 2002 (processo 02P4218);
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Maio de 2002 (processo 02P1231);
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Junho de 2001 (processo 01P767);
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de Março de 1990 (processo 040639).

### **Supremo Tribunal Administrativo:**

- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 31 de Julho de 1963

### **Tribunais da Relação**

#### **Lisboa:**

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17 de Maio de 2016 (processo 519/10.1TAOER.L3-5);
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18 de Fevereiro de 2016 (processo 949/14.3IDLSB.L1-9);
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 5 de Novembro de 2015 (processo 229/08.3TALRS.L1-9);
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 21 de Maio de 2015 (processo 12517/05.6TDLSB.L1-9);
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26 de Fevereiro de 2014 (processo 1467/11.7IDLSB.L1-3);

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24 de Abril de 2013 (processo 105/07.7DFUN.L1-3);
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 10 de Abril de 2013 (processo 7/10.0IDSTB.L1-3).

**Porto:**

- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 20 de Abril de 2016 (processo 21/14.6IDAVR.P1);
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11 de Novembro de 2015 (processo 47/03.5IDAVR.P1);
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 29 de Abril de 2015 (processo 290/07.8IDPRT.P1);
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 8 de Outubro de 2014 (processo 63/10.0IDPRT.P1);
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 5 de Março de 2014 (processo 20/10.7TAAMT.P1);
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 20 de Novembro de 2013 (processo 226/08.9IDPRT.P1);
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 25 de Setembro de 2013 (processo 237/11.7PEGDM.P1);
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 20 de Fevereiro de 2013 (processo 131/08.9IDPRT.P1);
- Acórdão Tribunal da Relação do Porto de 11 de Abril de 2012 (processo 43/07.31IDPRT.P1);
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 2 de Novembro de 2011 (processo 5434/05.1TDLSB.P1);
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 23 de Março de 2011 (processo 748/07.9TAMCN.P1);
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 23 de Fevereiro de 2011 (processo 2760/05.05.3TAVNG.P1);
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 20 de Outubro de 2010 (processo 8/07.SIDVRL.P1);
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 23 de Junho de 2010 (processo 1/02.4IDPRT.P1);
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 20 de Abril de 2009 (processo 30/06.9PEVNG);
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 18 de Fevereiro de 2009 (processo 0846954);
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 4 de Fevereiro de 2009 (processo 0847019);
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 22 de Outubro de 2008 (processo 0814280);
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26 de Março de 2008 (processo 0716952);
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 12 de Dezembro de 2007 (processo 0744647);

- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 12 de Dezembro de 2007 (processo 0711124);
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 7 de Novembro de 2007 (processo 0743150);
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 5 de Maio de 2004 (processo 0316114).

**Coimbra:**

- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 1 de Julho de 2015 (processo 551/11.IPBCTB.C2);
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 21 de Janeiro de 2015 (processo 17/08.7IDLRA.C1);
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 29 de Outubro de 2014 (processo 68/10.IIDVIS.C2);
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 27 de Fevereiro de 2013 (processo 68/10.IIDVIS.C1);
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 12 de Outubro de 2012 (processo 91/07.3.IDCBR.C1);
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 8 de Setembro de 2010 (processo 87/02.ITAACN.C2);
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 21 de Janeiro de 2009 (processo 342/04.6TAAVR.C1).

**Évora:**

- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 3 de Junho de 2014 (processo 289/11.OT3STC.E1);
- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 18 de Junho de 2013 (processo 345/09.4IDFAR.E1);
- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 19 de Fevereiro de 2013 (processo 9/11.9IDEVR.E1);
- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 8 de Janeiro de 2013 (processo 249/09.0IDFAR.E1);
- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 21 de Junho de 2011 (processo 118/04.4IDFAR.E2).

**Guimarães:**

- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 11 de Maio de 2015 (processo 173/10.4IDBRG.G1)

# O contrato de concessão de serviço municipal de água

## O preço do serviço numa perspetiva de direito regulatório e de resolução judicial de litígios

**JOANA CATARINA NETO DOS ANJOS**

*Aprovada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Ciências Jurídico-Políticas),  
Setembro de 2015*

*Orientador: Professor Doutor Pedro Costa Gonçalves*

### **Nota prévia**

A presente Dissertação de Mestrado foi apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito do Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Políticas (com menção em Direito Administrativo) no dia 11 de julho de 2015 e defendida no dia 18 de setembro do mesmo ano. O júri da defesa foi composto pelo Senhor Professor Doutor João Nuno Calvão da Silva, presidente de júri, pelo Senhor Professor Doutor Licínio Lopes Martins e pelo Senhor Professor Doutor Pedro Costa Gonçalves, Orientador da Dissertação. A classificação final obtida foi de 18 valores, por unanimidade.

## Agradecimentos

Ao Senhor Prof. Doutor Pedro Costa Gonçalves, pela excelente orientação e por todo o incentivo e apoio, bem como pelo nível de exigência que, através do seu exemplo, aprendi a impor em tudo o que faço.

Aos meus Pais e Irmão, pelo amor, motivação e paciência.

E um especial agradecimento à minha Mãe, pelo enorme carinho e paciência de ler tudo o que escrevo.

## Abreviaturas e Siglas

|               |                                                                               |
|---------------|-------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Al.</b>    | Alínea                                                                        |
| <b>Als.</b>   | Alíneas                                                                       |
| <b>ARN</b>    | Autoridade Reguladora Nacional                                                |
| <b>Art.</b>   | Artigo                                                                        |
| <b>Arts.</b>  | Artigos                                                                       |
| <b>BFD</b>    | Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra                    |
| <b>CA</b>     | Código Administrativo                                                         |
| <b>CC</b>     | Código Civil                                                                  |
| <b>CCP</b>    | Código dos Contratos Públicos                                                 |
| <b>CEE</b>    | Comunidade Económica Europeia                                                 |
| <b>CJA</b>    | Cadernos de Justiça Administrativa                                            |
| <b>CNADS</b>  | Conselho Nacional do Ambiente e do Desenvolvimento Sustentável                |
| <b>CPA</b>    | Código do Procedimento Administrativo                                         |
| <b>CPC</b>    | Código de Processo Civil                                                      |
| <b>CPPT</b>   | Código de Processo e Procedimento Tributário                                  |
| <b>CRP</b>    | Constituição da República Portuguesa                                          |
| <b>DL</b>     | Decreto-Lei                                                                   |
| <b>DRL</b>    | Revista de Direito Regional e Local                                           |
| <b>EG</b>     | Entidade gestora                                                              |
| <b>EPPPL</b>  | European Public Private Partnership Law Review                                |
| <b>ERSAR</b>  | Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos                          |
| <b>ETAF</b>   | Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais                              |
| <b>INSAAR</b> | Inventário Nacional de Sistemas de Abastecimento de Água e de Águas Residuais |
| <b>JLE</b>    | Journal of Law and Economics                                                  |

|               |                                                              |
|---------------|--------------------------------------------------------------|
| <b>JOCE</b>   | Jornal Oficial da União Europeia                             |
| <b>Julgar</b> | Revista Julgar                                               |
| <b>LDC</b>    | Lei de Defesa do Consumidor                                  |
| <b>LFL</b>    | Lei das Finanças Locais                                      |
| <b>LGT</b>    | Lei Geral Tributária                                         |
| <b>n.r.</b>   | Nota de rodapé                                               |
| <b>NwJILB</b> | Northwestern Journal of International Law & Business         |
| <b>NwULR</b>  | Northwestern University Law Review                           |
| <b>P.</b>     | Processo                                                     |
| <b>p.</b>     | Página(s)                                                    |
| <b>PPP</b>    | Parceria Público-Privada                                     |
| <b>RAP</b>    | Revista de Administración Publica                            |
| <b>RASARP</b> | Relatório Anual dos Serviços de Águas e Resíduos em Portugal |
| <b>RCP</b>    | Revista de Contratos Públicos                                |
| <b>RDPR</b>   | Revista de Direito Público e Regulação                       |
| <b>RGTL</b>   | Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais                 |
| <b>RLJ</b>    | Revista de Legislação e Jurisprudência                       |
| <b>RTDC</b>   | Revue Trimestrielle de Droit Civil                           |
| <b>ss.</b>    | seguintes                                                    |
| <b>SAS</b>    | Serviço de Água e Saneamento                                 |
| <b>SIEG</b>   | Serviços de Interesse Económico Geral                        |
| <b>SISS</b>   | Superintendencia de Servicios Sanitarios                     |
| <b>STA</b>    | Supremo Tribunal Administrativo                              |
| <b>STJ</b>    | Supremo Tribunal de Justiça                                  |
| <b>TC</b>     | Tribunal Constitucional                                      |
| <b>TCAS</b>   | Tribunal Central Administrativo Sul                          |
| <b>TdC</b>    | Tribunal de Contas                                           |
| <b>TIR</b>    | Taxa interna de rendibilidade                                |
| <b>TJUE</b>   | Tribunal de Justiça da União Europeia                        |
| <b>TRC</b>    | Tribunal da Relação de Coimbra                               |
| <b>TRG</b>    | Tribunal da Relação de Guimarães                             |
| <b>TRP</b>    | Tribunal da Relação do Porto                                 |
| <b>UE</b>     | União Europeia                                               |
| <b>VaLR</b>   | Virginia Law Review                                          |

## INTRODUÇÃO

A presente Dissertação de Mestrado visa fundamentalmente tratar o tema da gestão concessionada do serviço público de abastecimento de água e, particularmente, as questões de política tarifária que se colocam a nível dos contratos municipais de concessão de serviços públicos.

O serviço de abastecimento público de água e o saneamento de águas residuais urbanas “*constituem serviços públicos de carácter estrutural, essenciais para o funcionamento do tecido social e económico, bem como para a proteção e melhoria da saúde pública e do ambiente*”<sup>1</sup> e suscitam questões muito particulares. Este é um sector dinâmico mas também complexo, com um número muito elevado de entidades prestadoras de serviços de águas e resíduos, com modelos de gestão, dimensão e capacidade muito diferenciados, pelo que se torna necessário examinar e compreender quais os novos quadros e modelos regulatórios que asseguram “*uma progressiva melhoria das condições de acesso a ambos os serviços por todos*” e que garantem uma crescente sustentabilidade “*nas suas vertentes económica, financeira e social*”<sup>2</sup>.

Assim, e partindo de um modelo de gestão privada do serviço público municipal de abastecimento de água, onde a gestão do serviço público é feita por organizações de direito privado através de contrato de concessão de serviço público, este trabalho de investigação encontra-se dividido em três partes distintas: uma primeira parte centrada na análise do setor de abastecimento de água enquanto serviço público essencial e serviço de rede; uma segunda parte focada no exame de questões tarifárias e de regulação económica do ponto de vista da relação que se estabelece entre concedente, concessionário e regulador do serviço; e uma terceira parte em que a política tarifária será perspetivada numa dimensão de direito privado, enquanto relação que se estabelece entre concessionário e utente do serviço público.

Por conseguinte, na Parte I, que corresponde a uma parte geral, far-se-á um breve excurso sobre o setor do *serviço de abastecimento de água*, examinando de que modo este serviço de interesse público evoluiu em Portugal e

<sup>1</sup> PENSAAR 2020, *Uma estratégia ao serviço da população: serviços de qualidade a um preço sustentável*, vol. II, 2014, p. 3.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

se abriu gradualmente à iniciativa privada, e analisando os modelos de gestão que neste âmbito podem ser adotados e o tipo de relação de colaboração subjacente. O estudo será direcionado para o setor das águas (que apresenta diferenças estruturais face ao setor dos resíduos) e para a prestação privada desse serviço público através de contratos de concessão.

Num segundo momento, correspondente à Parte II, serão analisados os principais problemas de ordem económica que se têm vindo a colocar ao nível da prestação privada do serviço público de abastecimento de água. A política tarifária será observada a partir da ótica da relação de direito administrativo que se estabelece entre concedente e concessionário, com a intervenção do Estado enquanto Estado Regulador, assente na “*institucionalização de entidades independentes aptas para estabelecer os esquemas regulativos das regras do jogo económico e para dirimir os conflitos em domínios setoriais políticos e economicamente sensíveis*”<sup>3</sup>. Neste contexto, será considerado o papel da ERSAR enquanto verdadeira autoridade administrativa independente com poderes de regulação do setor.

Pretende-se, assim, examinar o modo como o regulador deve ser chamado a intervir para “*assegurar a regulação económica das entidades gestoras, garantindo a prática de preços, que, num ambiente de eficiência e eficácia na prestação do serviço, permitam assegurar a viabilidade económica e financeira dessas entidades*”<sup>4</sup>, fazendo a necessária distinção entre regulação por contrato e regulação por agência. Considerando a atual intervenção da ERSAR ao nível da regulamentação tarifária, abordar-se-ão as principais questões que a este nível se levantam, nomeadamente: (i) a legitimidade desta entidade para se impor ao nível do poder local, mais concretamente na regulação dos sistemas de águas “*em baixa*”; (ii) a competência para a determinação tarifária regulamentar *ex antes* e o tipo de controlo *ex post*; (iii) o tipo de intervenção na manutenção do contrato de concessão e na partilha de riscos entre contraente público e cocontratante privado, considerando o modelo de parceria público-privada subjacente.

Será ainda considerada a noção de *contrato regulatório* enquanto contrato passível de ser celebrado entre o regulador e a entidade concessionária, inse-

<sup>3</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, *O princípio democrático sobre a pressão dos novos esquemas regulatórios*, in RDPR, nº 1, Cedipre, 2009, p. 99.

<sup>4</sup> Conforme se pode ler do DL n.º 277/2009, de 2 de outubro, diploma que aprovou a orgânica da ERSAR, I. P., entretanto revogado pela Lei n.º 10/2014, de 6 de março.

rível na noção mais ampla de regulação por contrato, e que, à semelhança do que se verifica noutros países, se assume como um mecanismo apropriado para colocar em prática uma estratégia regulatória no domínio tarifário. O propósito é salientar e dar ênfase ao modo como a ERSAR deve intervir no que toca à determinação dos preços dos serviços, perante a relação que se estabelece entre entidade concedente e entidade gestora, com o objetivo de alcançar um equilíbrio entre a tutela dos consumidores e o incentivo ao investimento.

Por fim, na Parte III serão examinadas questões tarifárias que têm vindo a ser colocadas no setor do abastecimento de água às populações, mas já fora da relação entre concedente e concessionário.

Começando por analisar uma questão repetidamente colocada ao Tribunal de Conflitos – a de saber se a ação judicial para cobrança de crédito por água fornecida e não paga a empresa concessionária de serviço municipal é da competência dos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal (mais concretamente, dos tribunais tributários) ou dos tribunais da jurisdição comum – o foco voltar-se-á depois para as relações contratuais que se estabelecem entre entidade concessionária e utentes do serviço, as obrigações das partes e a competência jurisdicional para conhecimento de ações relativas a cumprimento de dívidas resultantes do serviço de abastecimento de água.

A presente dissertação parte, assim, de um núcleo comum formado pelas questões tarifárias que se colocam no domínio da gestão concessionada do serviço municipal de abastecimento de água, mas que é analisado de dois prismas distintos: por um lado, a relação contratual e de direito administrativo que se estabelece entre entidade concedente e concessionária, com uma necessária intervenção regulatória, e, por outro lado, a relação de consumo que se verifica entre operador económico e utente do serviço.

Pretendemos, deste modo, dar resposta a problemas atuais e prementes, conciliando a ótica da concessão do serviço público de abastecimento de água na sua vertente contratual com a visão de um setor sujeito a regulação económica e social face ao seu impacto no bem-estar geral das populações.

## PARTE I – O SERVIÇO PÚBLICO DE ÁGUA: GESTÃO MUNICIPAL CONCESSIONADA

### Capítulo I: O Serviço de Água como Serviço Essencial e Monopolístico

#### 1. A Água como Serviço de Interesse Económico Geral

*“The General Assembly (...) recognizes the right to safe and clean drinking water and sanitation as a human right that is essential for the full enjoyment of life and all human rights”<sup>5</sup>.*

A dissertação visa discutir alguns temas de direito regulatório que se colocam ao nível da prestação privada de serviços públicos, mais concretamente no âmbito dos *serviços concessionados de água*. Com tal propósito, pretende-se demonstrar o cariz público e essencial deste tipo de serviço, o modo como o setor cresceu e se desenvolveu em Portugal e em que moldes este serviço, tradicionalmente municipal, é hodiernamente prestado por privados, principalmente através de contratos de concessão.

Pela importância fundamental que o produto água para consumo assume para a vida do Homem, este foi desde cedo classificado como bem público e bem comum por todas as sociedades. Com efeito, e ao contrário do que sucede com outros bens e produtos essenciais, e até com serviços que materializam outros direitos fundamentais do Homem, para a água não há geralmente mais do que um fornecedor em cada parcela do território e não existem produtos sucedâneos idóneos. Por esse motivo, a atividade de abastecimento

<sup>5</sup> Retirado da Resolução A/RES/64/292 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 28 de julho de 2010. Antes disso, o direito à água tinha sido já formalizado em parte no *UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights General Comment*, n.º 15, de 2002, e consagrado no 2005–2015 *UN International Decade for Action on ‘Water for Life’*. Pouco depois da Resolução A/RES/64/292, em setembro de 2010, o Conselho das Nações Unidas para os Direitos do Homem confirmou que o direito à água consubstancia um imperativo legal, que os Estados devem respeitar e fazer cumprir.

de água às populações<sup>6</sup> é um setor que não se confunde com qualquer outro setor de atividade económica nem com qualquer outro serviço de interesse económico geral<sup>7</sup>.

Em virtude das características dos produtos e dos serviços em si mesmo considerados que engloba, a atividade de abastecimento de água assume-se como uma verdadeira atividade de *interesse geral*, satisfazendo as necessidades básicas da generalidade dos cidadãos, quer sejam económicas, sociais ou culturais, e cuja existência é essencial à vida, à saúde ou à participação social dos cidadãos<sup>8</sup>. Nestes moldes, o serviço de abastecimento de água é passível de sofrer diversas classificações: desde logo, é tido com um verdadeiro *serviço público de carácter estrutural*, essencial ao “*bem-estar geral, à saúde pública e à segurança coletiva das populações, às atividades económicas e à proteção do ambiente*”<sup>9</sup>. Para além disso, é considerado como verdadeiro *serviço público de natureza económica e social*, já que visa a satisfação de necessidades coletivas individualizáveis de cariz económico das populações<sup>10</sup>, e ainda como *serviço de interesse económico geral* (SIEG)<sup>11</sup>, ou seja, como serviço de natureza económica que os

<sup>6</sup> Que se inclui no setor do *saneamento básico*, ao lado do saneamento das águas residuais urbanas e a recolha, valorização, tratamento e deposição final dos resíduos sólidos urbanos.

<sup>7</sup> IRAR, *Série textos sobre regulação*, vol. II, 2008, p. 1-2.

<sup>8</sup> Tal como consta do primeiro considerando da Diretiva 2000/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2000 que estabelece um quadro de ação comunitária no domínio da política da água, “*a água não é um produto comercial como outro qualquer, mas um património que deve ser protegido, defendido e tratado como tal*”. O produto água é muitas vezes ilustrado como o “*paradoxo da água e do diamante*”, que nasce da teoria clássica do valor enunciada por Adam SMITH: “*não há nada de mais útil que a água, mas ela não pode quase nada comprar; dificilmente teria bens com os quais trocá-la. Um diamante, pelo contrário, quase não tem nenhum valor quanto ao seu uso, mas se encontrará frequentemente uma grande quantidade de outros bens com o qual trocá-lo*”.

<sup>9</sup> IRAR, *Série textos sobre regulação*, vol. I, p. 2.

<sup>10</sup> Na formulação de Marcello CAETANO (*Manual de Direito Administrativo*, vol. I, 10.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almeida, 1980, p. 1069 e ss.), os serviços de distribuição de água, bem como de energia eléctrica ou de gás, entre outros, são *serviços públicos de carácter industrial ou comercial*, ou seja, são serviços que criam utilidades que correspondem à satisfação de necessidades individuais, podendo ser alvo de faturação detalhada e que são, por isso, usualmente financiadas por um preço (tarifa) paga pelos utentes do serviço. Da natureza deste preço trataremos na nossa Parte III.

<sup>11</sup> Ainda que a classificação dos serviços de saneamento básico como SIEG não seja pacífica em todos os países, nomeadamente ao nível da UE, onde se verificam situações muito especiais, em que o fornecimento de água se aproxima do gratuito, em virtude da sua abundância,

Estados sujeitam a obrigações específicas de serviço público em virtude de um critério de interesse geral<sup>12</sup>.

Estamos, deste modo, perante uma nova versão dos tradicionais “*serviços públicos*”, conforme explica Vital Moreira, mediante os quais os poderes públicos (Estado e municípios) garantiam a todos os cidadãos um núcleo de serviços essenciais à vida, como a água, a energia, transportes coletivos, telecomunicações, etc. Com o movimento de liberalização e privatização iniciado nos anos 80, e que veremos em pormenor *infra*, a Comunidade Europeia veio impor a abertura destes mercados à concorrência, “*impondo ou admitindo que os Estados impusessem determinadas “obrigações de serviço público”*”<sup>13</sup>. No que toca concretamente ao serviço de abastecimento de água<sup>14</sup>, este deve obedecer a um conjunto de obrigações de serviço público, como a universalidade, a equidade, a acessibilidade, a continuidade e a adaptabilidade, e deve ser prestado

(por ex., na Irlanda e na Áustria), o que é certo que é serviços de saneamento básico são SIEG, desde que a estes se imponha a condição de autossustentabilidade, que ocorre na maioria dos países. *Vide*, a este propósito, Rui Cunha MARQUES, *A regulação dos serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais: uma perspectiva internacional*, Lisboa: ERSAR, 2011, p. 31.

<sup>12</sup> A noção de SIEG abrange certos serviços fornecidos pelas grandes indústrias de rede, tais como: transportes, eletricidade, água, gás, serviços postais, comunicações electrónicas e radiodifusão. Nos termos do art. 106.º do TFUE, “*as empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto nos Tratados, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada*”. Como explica Suzana Tavares da SILVA (*Direito da Energia*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 17 e ss), a autonomização dos SIEG no direito europeu apresenta-se como “*sucedânea do tradicional Estado prestador de serviços públicos*”, que traduz uma nova proposta de “*garantia de bem-estar e da coesão social a partir do mercado*”.

<sup>13</sup> MOREIRA, Vital, “*Serviços de Interesse Económico Geral*” e Mercado, in *A Mão Visível – Mercado e Regulação*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 63 e ss.

<sup>14</sup> É de notar que no domínio dos *serviços de interesse económico geral* se incluem as atividades de abastecimento de água, saneamento de águas residuais, bem como resíduos urbanos, tal como foi expressamente consagrado com a Lei n.º 12/2008, de 26 de fevereiro, que alterou e republicou a Lei n.º 23/96, de 26 de julho. Até à entrada em vigor deste diploma, apenas eram considerados serviços públicos essenciais o serviço de fornecimento de água, o serviço de fornecimento de energia eléctrica e o serviço de fornecimento de gás. Com esta alteração, passaram a ser igualmente considerados o serviço de recolha e tratamento de águas residuais bem como o serviço de gestão de resíduos sólidos urbanos (*cf.* as als. f) e g) do art. 1.º, n.º 2, da Lei n.º 23/96, de 26 de julho).

de acordo com certas exigências de boa conduta, como a transparência da gestão, do sistema tarifário e do financiamento<sup>15</sup>.

Entre nós, o serviço de abastecimento de água é ainda classificado pelo legislador<sup>16</sup> como um *serviço público essencial*, que permanece sob titularidade e responsabilidade estatal ou municipal<sup>17-18</sup>.

Assim, é precisamente por manterem titularidade pública (estatal ou municipal, como veremos) que estes *serviços de interesse económico geral* são muitas vezes prestados pela própria Administração Pública, de modo direto ou indireto. No entanto, considerando a vantagem de possibilitar ao Estado a prestação de serviços essenciais sem recurso a financiamento público e sem os riscos inerentes ao empreendimento, tem-se optado, cada vez mais, pela delegação de serviços públicos comerciais e industriais a empresas privada. A prestação do serviço de abastecimento de água às populações é um serviço público que se mantém na titularidade do Estado, mas que pode ser prestado tanto pela Administração Pública como por entidades privadas no âmbito,

<sup>15</sup> Cf., a este propósito, MAÇÃS, Fernanda, *Serviços Públicos de Abastecimento de Água, Saneamento e Águas Residuais Urbanas e Resíduos Urbanos*, in *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?* Coimbra: Almedina, 2009, p. 508, e ALMEIDA, José Nunes, *Transparência e Proporcionalidade no Financiamento dos Serviços de Interesse Económico Geral*, Porto: Vida Económica, 2014, p. 25.

<sup>16</sup> Tal como se encontra vertido no art. 1.º, n.º 1, da Lei n.º 23/96, de 26 de julho (com a última alteração legislativa da Lei n.º 10/2013, de 28 de janeiro), “a presente lei consagra regras a que deve obedecer a prestação de serviços públicos essenciais em ordem à proteção do utente”, sendo o serviço de fornecimento de água previsto no n.º 2, alínea a), como um dos “serviços públicos abrangidos”. O DL n.º 194/2009, de 20 de agosto (com as recentes alterações da Lei n.º 12/2014, de 6 de março), veio entretanto explicitar o regime jurídico dos serviços municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos.

<sup>17</sup> Estes serviços surgem por contraposição aos *serviços públicos de carácter administrativo*, relativos às funções soberanas do Estado.

<sup>18</sup> O conceito de serviços públicos é, atualmente, uma das mais nucleares e controversas noções do Direito Público, uma vez que se torna necessário deslindar se devem ser considerados como tal apenas os serviços públicos de titularidade estatal ou se a sua noção deve abranger também as atividades privadas que, pela sua importância, estão igualmente sujeitas a uma rígida e constante conformação do poder público. Neste sentido, cf. PINTO, Bilas, *Regulamentação Efectiva dos Serviços de Utilidade Pública*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 72. Também já em 1997, Laurent RICHER (*Service Public et Intérêt Privé*, Paris: Editions Sirey-Diffusion Dalloz, Tomo 41, 1997, p. 293) afirmava que “o grande influxo da política e das ideologias sobre a noção de serviço público é uma das causas da sua aparente crise”.

nomeadamente, de contratos de concessão. O Estado (ou as autarquias locais) mantém a titularidade do serviço mas não se envolve na sua gestão efetiva<sup>19</sup>.

Vejamos, então, neste capítulo introdutório, de que modo evoluiu o setor de abastecimento de água em Portugal, os seus contornos dinâmicos e complexos, e, em particular, de que modo deve ser compreendido o atual modelo de gestão concessionada de serviço de fornecimento de água às populações.

## 2. O Serviço de Água como um Serviço de Rede

*“As falhas de mercado dos SAS (...) justificam a intervenção do Estado na regulação destes serviços para defesa do interesse público. A mão invisível do mercado nos serviços de rede de infra-estruturas não é eficaz e, por conseguinte, o Estado tem de intervir, definindo regras e controlando e supervisionando a sua instituição e funcionamento.”*<sup>20</sup>

Os serviços de águas e resíduos, pela importância que assumem para os cidadãos, pelo facto de serem prestados em regime de monopólio (natural ou legal, de cariz local ou regional) e pela sua estrutura em rede que requer o uso do direito de propriedade para fins de utilidade pública (*public utilities*), constituem exemplos clássicos de serviços de interesse geral que requerem regulação pública.

O setor das águas – que se subdivide em dois serviços distintos, de abastecimento de água para consumo humano e de saneamento de águas residuais urbanas – constitui, do ponto de vista da estrutura do mercado, um caso típico de indústria de rede, quer ao nível da atividade “*em alta*”, quer ao nível da atividade “*em baixa*”, traduzindo a gestão destas infra-estruturas situações de monopólio natural<sup>21,22</sup>. E é precisamente esta tendência para a

<sup>19</sup> GONÇALVES, Pedro Costa e MARTINS, Licínio Lopes, *Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador*, in *Estudos de Regulação Pública I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 183.

<sup>20</sup> MARQUES, Rui Cunha, *A regulação dos serviços...*, p. 33.

<sup>21</sup> In RASARP, vol. 1, *Caracterização geral do sector*, 2012, p. 23 e ss.

<sup>22</sup> Já no caso do setor dos resíduos, apesar de não existir um caso típico de monopólio natural por não se tratar de uma indústria de rede, ainda assim os serviços de gestão de resíduos são prestados em regime de monopólio legal.

concentração económica (que terá diferentes causas e diferentes consequências sociais e políticas, nomeadamente ao nível do bem-estar social) que exige que a Administração prestadora se transforme numa Administração-Árbitro dos interesses privados envolvidos no mercado<sup>23</sup> e que garanta mecanismos de funcionamento da concorrência e a satisfação das necessidades básicas de todos os cidadãos.

Contrariamente ao que se verifica noutros serviços de rede, como os serviços de eletricidade ou de gás, no setor da água torna-se difícil, por força das suas especiais características, introduzir concorrência no mercado. Estes são serviços insubstituíveis, já que o abastecimento de água não tem alternativa viável, e são serviços com produtos heterogéneos, na medida em que as propriedades da água variam no tempo e no espaço.

Para além disso, do ponto de vista de estrutura do mercado, apresentam potenciais economias de escala, já que os custos unitários de produção são decrescentes para quantidades crescentes de procura, ainda que apenas até uma determinada dimensão (a partir da qual existem deseconomias)<sup>24</sup>; apresentam potenciais economias de gama, dado que os custos unitários de produção tendem a decrescer com a diversificação de atividades com características similares; e ainda potenciais economias de processo, atenta a adequação do nível de integração vertical dos serviços, “*desenvolvendo as entidades gestoras a sua atividade nas diversas etapas de produção necessárias para transformar a matéria-prima em determinados bens e serviços, desde a captação à distribuição no abastecimento de água e da drenagem à rejeição no saneamento das águas residuais*”<sup>25</sup>.

A principal característica desta indústria de rede é, assim, a existência de rendimentos crescentes à escala em todo o nível de produção relevante<sup>26</sup>. A entrada de novos *players* neste mercado revela-se muito condicionada, já que as economias de escala associadas ao monopólio natural conduzem a que

<sup>23</sup> SILVA, João Nuno Calvão da, *O Estado regulador, as autoridades reguladoras independentes e os serviços de interesse económico geral*, in *Temas de Integração*, Coimbra: Almedina, n.º 20, 2005, p. 178.

<sup>24</sup> É de salientar que aos serviços de água e resíduos em cada país ou região corresponderá uma dimensão ótima que, quando ultrapassada, dá origem a deseconomias de escala (rendimentos à escala decrescentes).

<sup>25</sup> BAPTISTA, Jaime Melo, *Uma Abordagem Regulatória Integrada (ARIT-ERSAR) para os Serviços de Águas e Resíduos*, Série Estudos, n.º 3, Lisboa: ERSAR, 2014, p. 31-32.

<sup>26</sup> In RASARP, vol. I, 2012, p. 23.

cada mercado apenas suporte uma única entidade gestora, reduzindo a possibilidade de competição e, por conseguinte, a ausência de auto-regulação que caracteriza os mercados concorrenciais.

Encontramo-nos, deste modo, perante mercados caracterizados por falhas (*market failures*) e que devem “*em prol do interesse público, ser sujeitos a uma mão visível externa que permita a sua mitigação*”<sup>27</sup>. A intervenção do Estado surge, portanto, em nome da defesa do interesse público, sendo necessária para a proteção dos interesses dos utilizadores, principalmente para o controlo dos preços e da qualidade do serviço. Por serem serviços de infra-estruturas que prestam um serviço coletivo aos cidadãos, de natureza essencial, não podem funcionar sem regulação, pelo que o Estado tem de intervir, definindo regras e controlando e supervisionado a sua instituição e funcionamento<sup>28</sup>. E a mão invisível do mercado nos serviços de rede de infra-estruturas não é eficaz, porquanto os serviços de águas e resíduos são serviços aptos à ineficiência e à vida calma (*quiet life*), exigindo incentivos para se tornarem mais eficientes e inovadores<sup>29</sup>.

Nestes termos, e ainda que os regimes de regulação tenham surgido inicialmente associados à privatização de monopólios naturais, a sua evolução mais recente determinou o aumento da sua abrangência e a sua associação à organização da produção e da prestação de serviços de interesse económico geral. Reconhece-se que a função de regulação deve ser exercida independentemente da natureza pública ou privada das entidades prestadoras do serviço e que deve ser tida como uma garantia não só dos interesses dos

<sup>27</sup> MARQUES, Rui Cunha, *A regulação dos serviços...*, p. 29.

<sup>28</sup> Exige-se, portanto, a intervenção de “*uma forma de regulação que permita ultrapassar a inexistência de mecanismos de autorregulação que caracterizam os mercados concorrenciais*”. Cf. ERSAR, *Relação das entidades gestoras com os utilizadores dos serviços de águas e resíduos*, Série Guias Técnicos, 2012, p. 23. Como escreve Christopher DECKER (*Modern Economic Regulation*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 4), os operadores económicos de *public utilities*, se deixados sem regulação, “*comportam-se de formas que se revelam ineficientes sob a perspetiva do bem estar social*”. Sobre o controlo do poder monopolístico, cf. BREYER, Stephen, *Regulation and its reform*, Cambridge: Harvard University Press, 1982, p. 15 e ss.

<sup>29</sup> “*A necessidade de assegurar a todos os cidadãos o acesso a tais serviços em condições de igualdade, garantindo a sua prestação universal, com qualidade, regularidade e continuidade, impôs a sua regulamentação intensa, designadamente através da imposição aos operadores de determinadas obrigações de serviço universal, cabendo às autoridades públicas a responsabilidade pela imposição e garantia do cumprimento das mesmas*”. Neste sentido, cf. ERSAR, *Relação das entidades gestoras...*, p. 2.

consumidores, como, também, de sustentabilidade económica ou financeira dessas mesmas entidades.

Em suma, e considerando o progressivo movimento de privatização<sup>30</sup>, o desafio que se coloca hodiernamente ao decisor público é o de regulação eficiente dos mercados dos setores em rede, já que as características intrínsecas a estes setores impedem a aplicação dos paradigmas da concorrência perfeita na sua análise concorrencial<sup>31</sup>. Desta intervenção regulatória trataremos no capítulo I da nossa Parte II.

## Capítulo II: O Serviço de Água em Portugal

### 1. A Evolução do Setor da Água em Portugal

Como resulta do exposto, a classificação pública das águas e a sua consequente exclusão do comércio jurídico privado decorre do valor fundamental deste bem para a subsistência e desenvolvimento de qualquer comunidade humana<sup>32</sup>. Por este motivo, a sua administração pública e a regulação das possibilidades da sua utilização por parte de particulares surgem como corolários naturais.

Atendendo à importância deste setor, até à entrada em vigor do DL n.º 372/93, de 29 de outubro, e do DL n.º 379/93, de 6 de novembro, o abastecimento público e a salubridade pública constituíam atribuições das câmaras municipais<sup>33</sup>, estando fora da atividade económica privada e reservada ao sector público. Com a CRP de 1976, as leis das atribuições das autarquias

<sup>30</sup> É de notar que embora os fenómenos de privatização e de liberalização surjam normalmente associados, não existe coincidência entre os dois conceitos: enquanto que liberalizar implica o fim dos exclusivos ou monopólios estatais na prestação de serviços públicos, já a privatização dos serviços representa a passagem para a esfera privada dos serviços de titularidade estatal. Neste sentido, vide MOREIRA, Vital, *Regulação Económica, Concorrência e Serviços de Interesse Geral*, in *Estudos de Regulação Pública I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 551.

<sup>31</sup> Cf. FERREIRA, Eduardo Paz, *Direito da Economia*, AAFDL, 2001, p. 467

<sup>32</sup> Cf. PATO, João, *Políticas públicas da água em Portugal: do paradigma hidráulico à modernidade tardia*, in *Análise Social*, n.º 206, XLVIII, 2013, p. 60 e 61.

<sup>33</sup> Tal como expressamente consagrado nos arts. 47.º e 49.º do CA de 1940, respetivamente.

locais mantiveram os serviços públicos de água e saneamento essencialmente municipais tendo, entretanto, a Lei n.º 46/77, de 8 de julho (denominada Lei de Delimitação dos Sectores), vedado de um modo absoluto, nos termos das als. c) e d) do seu art. 4.º, a empresas privadas e outras entidades da mesma natureza o acesso à atividade de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público e de saneamento básico<sup>34</sup>.

Só em 1993, e devido à necessária reforma estrutural do setor público decorrente da adesão de Portugal à CEE em 1986, se procedeu à flexibilização dos meios de gestão dos recursos financeiros disponíveis, com o objetivo de aumentar a cobertura dos serviços e melhorar a sua qualidade e eficiência<sup>35</sup>. Até ao início da década de 90 o modelo quase universal de prestação dos serviços de águas em Portugal (com exceção da EPAL) era a gestão direta à escala autárquica, através de serviços municipais ou municipalizados. A subsequente reestruturação dos setores dos serviços de águas (e resíduos) assentou “*essencialmente na convicção da existência de economias de escala ex-ante na criação de sistemas a uma escala territorial regional*”<sup>36</sup>.

Nestes moldes, e em primeiro lugar, o DL n.º 372/93, de 29 de outubro, veio consagrar a necessidade de promover uma verdadeira indústria da água e do tratamento de resíduos sólidos que possibilitasse o aumento do grau de empresarialização no setor, incluindo capitais privados, e que permitisse a aceleração do ritmo de investimento. Posteriormente, o DL n.º 379/93, de 5 de novembro, veio estabelecer o regime legal de gestão e exploração de serviços que tivessem por objeto as atividades de captação, tratamento, e distribuição de água para consumo público, de recolha, tratamento e rejeição de afluentes e recolha e tratamento de resíduos sólidos urbanos (cf. art. 1.º)<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Este diploma foi entretanto revogado pela Lei n.º 88-A/97, de 25 de julho, relativa ao acesso da iniciativa económica privada a determinadas atividades económicas.

<sup>35</sup> Como explica Raquel CARVALHO (*As concessionárias dos Sistemas Multimunicipais*, in *Direito e Justiça*, vol. 11, n.º 2, 1997, p. 226), a restrição imposta pela Lei n.º 46/77, de 8 de julho, veio a mostrar-se inadequada, já que aqueles eram “*setores importantes que careciam das vantagens da iniciativa privada: maior rentabilidade e eficiência, nomeadamente*”.

<sup>36</sup> PIRES, João Simão, *O Futuro dos Serviços Públicos de Água: Experiências Internacionais*, in *Direito da Água*, Série Cursos Técnicos, n.º 3, ERSAR, 2013, p. 18.

<sup>37</sup> Para mais desenvolvimentos sobre a evolução legal do setor do saneamento básico, vide MAÇÃS, Fernanda, *Serviços Públicos...*, p. 511 e ss.

Assim, e ainda que entre 1976 a 1993 esta atividade tenha estado fora da alçada da atividade económica privada, sendo, portanto, reservada ao setor público, e que só em 1933 tenha havido uma abertura ao setor privado<sup>38</sup>, o certo é que atualmente, e conforme consta do DL n.º 372/93, de 29 de outubro, é permitida a concessão do serviço por parte do Estado (no caso de sistemas multimunicipais) a empresas que “*resultem da associação de entidades do setor público, designadamente autarquias locais, em posição obrigatoriamente maioritária no capital social da nova sociedade, com outras entidades privadas*”, e a concessão por parte do Município (no caso de sistemas municipais) a entidades inteiramente privadas<sup>39</sup>.

Conforme ensinam Vital Moreira e Fernanda Paula Oliveira, estas alterações legislativas procederam à distinção entre sistemas multimunicipais e sistemas municipais de serviço de saneamento básico, nos termos do art. 4.º, n.º 2, daquele último diploma. Por conseguinte, “*aquilo que até aí tinha sido um serviço de âmbito local, da órbita municipal, ganhou também uma vertente nacional, da órbita do Estado*”<sup>40</sup>. O que significa que se passou de um modelo exclusivamente local para um modelo misto público e local no que respeita à titularidade do serviço público<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> É de notar, portanto, que em 1993 se iniciou uma nova fase, que perdura até hoje e tem como principais marcas: “*a) a crescente estadualização (e decrescente municipalização), apoiada na segmentação dos sistemas; b) a empresarialização; c) a abertura parcial ao setor privado; d) a implementação, ainda que incompleta, do modelo de concessões; e) o nascimento da regulação administrativa independente*” (AMARO, António Leitão, *Perspectivas de Reorganização Institucional dos Serviços de Água*, in *Direito da Água*, Série Estudos Técnicos, n.º 3, ERSAR, 2013, p. 48-49).

<sup>39</sup> Nos termos do art. 1.º, al. a), da Lei n.º 88-A/97, de 25 de julho, que regula o acesso da iniciativa económica privada a determinadas atividades económicas (alterada pela Lei n.º 35/2013, de 11 de junho), as atividades de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, recolha, tratamento e rejeição de águas residuais urbanas, em ambos os casos através de redes fixas, e recolha e tratamento de resíduos sólidos urbanos, no caso de sistemas multimunicipais e municipais, continuam vedadas a empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza, salvo quando concessionadas.

<sup>40</sup> *Concessão de sistemas multimunicipais e municipais de abastecimento de água, de recolha de efluentes e de resíduos sólidos*, in *Estudos de Regulação Pública I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 25.

<sup>41</sup> As grandes leis de municipalização têm permitido, ao nível dos países europeus, uma intervenção direta das comunidades locais na economia. Com efeito, em 1903 estabelecia-se em Itália, com a *Lei Giolitti*, uma lista não exaustiva de serviços público que podiam ser gerenciados pelos municípios por controle direto ou sob regime de concessão; em Espanha, o Estatuto Municipal de Calvo Sotelo, datado de 8 de março de 1924, também veio permitir a gestão direta, incluindo em regime de monopólio, de diversos serviços municipais. Já na

Atualmente a responsabilidade pelo provisionamento dos serviços de águas é, assim, de natureza pública, constituindo atribuição dos municípios ou do Estado<sup>42</sup> nos termos da Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro, do DL n.º 92/2013, de 11 de julho<sup>43</sup> e do DL n.º 194/2009, de 20 de agosto<sup>44</sup>, mas pode ser prestado por privados com base num contrato de concessão. Estes serviços, que se encontram, por via de regra, na titularidade das entidades coletivas locais de base territorial, passam a ser prestado segundo a lógica de mercado, mas será sempre o Estado a disciplinar a atuação dos agentes do mercado e a supervisionar e a fiscalizar o cumprimento dessas regras<sup>45</sup>, dado que o serviço não sai da sua titularidade<sup>46</sup>.

A gestão do serviço pode, assim, ser pública ou privada<sup>47</sup>.

Alemanha e em Inglaterra o movimento de municipalização ou de intervenção direta dos poderes públicos ao nível da organização e gestão dos serviços públicos é anterior: na Alemanha esta intervenção remonta ao séc. XVII e em Inglaterra ao final do séc. XIX, com o movimento do socialismo fabiano. Neste sentido, *vide* COSSALTER, Philippe, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union Européenne*, Paris: LGDJ, 2007, p. 25 e ss.

<sup>42</sup> Na Europa, em regra, o modelo de gestão dos serviços de saneamento básico é o público-local, com grande peso dos sistemas municipais; no entanto, e como já vimos, a titularidade do serviço pode estar na esfera do Estado, no caso dos sistemas multimunicipais, pelo que o modelo atual deverá ser tido como modelo público misto. *Vide*, a este propósito, MOREIRA, Vital e OLIVEIRA, Fernanda Paula, *cit.*, p. 28.

<sup>43</sup> Onde se prevê o regime de exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, de recolha, tratamento e rejeição de efluentes e tratamento de resíduos sólidos.

<sup>44</sup> Que estabelece o regime jurídico dos serviços municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos urbanos.

<sup>45</sup> Como escreve Maria João ESTORNINHO (*Concessão de Serviços Públicos – Que Futuro?, in Direito e Justiça*, vol. especial, 2005, p. 22), ao nível das concessões, “o Estado assume sobretudo tarefas de garantia e de controlo, uma vez que a sua tradicional responsabilidade de execução tende a ser substituída por uma responsabilidade de garantia da prestação ou, até, por uma mera responsabilidade de controlo ou de fiscalização”.

<sup>46</sup> Como explica Pedro Costa GONÇALVES (*Controlo público prévio de atividades privadas: comunicação prévia e autorização administrativa*, in *Nuevas formas de control de las administraciones públicas y su repercusión sobre consumidores y usuarios*, Salamanca: Ratio Legis, 2013, p. 86 e 87), o que existe aqui não é “um controlo público de atividades privadas; presente está antes um fenómeno de “exercício privado de atividades públicas”. Este último fenómeno pertence a uma província (setor público) oposta àquela em que se desenvolve o controlo público de atividades privadas (setor privado)”.

<sup>47</sup> A propriedade do serviço permanece, portanto, pública. Com efeito, e com exceção do modelo consagrado em Inglaterra e no País de Gales, onde a propriedade do serviço é privada, nos restantes países da União Europeia a propriedade é pública. Sobre a privatização da indústria da água em Inglaterra em 1986, em virtude dos enormes investimentos exigidos

Vejamos então, ao nível do nosso ordenamento jurídico, quais os possíveis contextos em que são prestados os serviços de fornecimento de água às populações.

## 2. A Complexidade e a Dinâmica na Gestão Dos Serviços de Águas

*“A análise dos principais intervenientes, sejam eles entidades prestadoras de serviços de águas e resíduos, entidades prestadoras de serviços complementares, entidades da Administração Central e entidades representativas da sociedade civil, revela um sector dinâmico mas também complexo, com um número muito elevado de entidades prestadoras de serviços de águas e resíduos, com modelos de gestão, dimensão e capacidade muito diferenciados, um tecido empresarial envolvente com significativo potencial de crescimento e uma sociedade civil crescentemente atenta e participativa”<sup>48</sup>.*

Como vimos, os serviços de abastecimento de água às populações, pela importância fundamental que revestem, foram classificados pelo legislador como *serviços públicos essenciais*. Contudo, esta classificação não deve ser entendida de modo orgânico, já que tais serviços não têm de ser prestados diretamente por organismos da Administração Pública, devendo ser entendida em sentido material, “*dado que visam responder a necessidades básicas do público*”<sup>49</sup>.

E apesar de a provisão destes serviços ser de natureza pública, são admitidos diferentes modelos de gestão, aos quais correspondem entidades gestoras com diferentes naturezas jurídicas, onde se podem incluir entidades de direito privado<sup>50</sup>.

para cumprir os *standards* de qualidade, vide GÓMEZ-IBÁÑEZ, José, *Regulating Infrastructure: Monopoly, Contracts, and Discretion*, Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 224 e ss.

<sup>48</sup> In RASARP, vol. I, 2012, p. 11.

<sup>49</sup> ERSAR, *Relação das entidades gestoras...*, p. 2.

<sup>50</sup> Segundo dados retirados do INSAAR de 2010, quanto ao tipo de entidades que prestam os serviços públicos de abastecimento de água e de drenagem e tratamento de águas residuais, continua a verificar-se ainda uma predominância, em termos numéricos, dos municípios. No Continente, os municípios representam 70% das entidades, seguindo-se os serviços municipalizados e as concessionárias de sistemas municipais ou intermunicipais ambas

Em Portugal, como vimos, os serviços de abastecimento público de água e a salubridade pública integram historicamente o domínio das atribuições autárquicas, tal como se retira da leitura do art. 23.º, n.º 2, al. k), da Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro<sup>51-52</sup>. Não obstante, o Estado poderá ter intervenção subsidiária quer no âmbito de parcerias com os municípios para a gestão de serviços que se mantém na titularidade destes, quer assumindo a titularidade de serviços que ficam sob sua responsabilidade exclusiva, tal como é admitido pelo DL n.º 92/2013, de 11 de julho<sup>53</sup>.

Atualmente, o modelo português de exploração das águas baseia-se na distinção fundamental entre sistemas multimunicipais e sistemas municipais<sup>54</sup>. Os sistemas multimunicipais constituem os designados sistemas em “alta” – onde se incluem as fases da cadeia de processo a montante do reservatório municipal de água (captação e adução) ou a jusante da rede de drenagem (tratamento e rejeição de afluentes) e da recolha de resíduos urbanos (tratamento, valorização e eliminação) –, enquanto que os sistemas municipais representam

com 8%. Nas regiões autónomas dos Açores e da Madeira os municípios representam 80% e 91%, respetivamente, do número total de entidades gestoras.

<sup>51</sup> Nos termos deste preceito, “o ambiente e saneamento básico são atribuições dos municípios”. Este diploma que revogou a Lei n.º 159/99, de 14 de setembro, e que veio estabelecer o regime jurídico das autarquias locais, o estatuto das entidades intermunicipais e o regime jurídico da transferência de competências do Estado para as autarquias locais e para as entidades intermunicipais.

<sup>52</sup> Ainda que tradicionalmente os serviços de abastecimento de água e saneamento fossem da competência dos municípios, o que é certo é que em Lisboa, como veremos *infra*, já “vem de longa data uma empresa pública, a Empresa Pública das Águas de Lisboa (EPAL), havendo também casos de intervenção privada em outras áreas do país” (PORTO, Manuel, *Uma nova filosofia de intervenção na prestação de serviços públicos: a experiência portuguesa nos sectores das energias, comunicações, transportes, abastecimento de água e saneamento*, in RDPR, n.º 2, 2009, p. 117).

<sup>53</sup> Diploma que definiu o regime de exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, de recolha, tratamento e rejeição de efluentes e tratamento de resíduos sólidos (revogando o DL n.º 379/93, de 5 de novembro). Nos termos do seu art. 1.º, n.º 3, “a exploração e a gestão dos sistemas multimunicipais pode ser diretamente efetuada pelo Estado ou atribuída, em regime de concessão, a entidade de natureza empresarial (...)”. De acordo com a regra do art. 3.º, n.º 1, deste diploma, a criação e a concessão de sistemas multimunicipais são objeto de decreto-lei.

<sup>54</sup> SILVA, João Nuno Calvão da, *Regulação das Águas e Resíduos em Portugal*, in BFD, n.º 85, 2009, p. 568. Com uma posição crítica sobre a contraposição rígida entre sistemas municipais (ou intermunicipais) e sistemas multimunicipais, cf. MEDEIROS, Rui, *Raízes e contexto da distinção binária entre sistemas multimunicipais e sistemas municipais no setor da água e perspectivas de futuro*, in *Direito da Água*, n.º 3, ERSAR, 2013, p. 79 e ss.

os sistemas em “*baixa*” – responsáveis pelas atividades retalhistas, ou seja, pela prestação do serviço aos utilizadores finais<sup>55</sup>. Os primeiros são da titularidade do Estado (sendo constituídos se servirem “*pelo menos dois municípios e exijam um investimento predominante a efetuar pelo Estado em função de razões de interesse nacional*”<sup>56</sup>) e os segundos pertencem individualmente ou em associação aos municípios (em sistema municipal ou intermunicipal, respetivamente).

O serviço de saneamento básico pode, portanto, ser assegurado por organizações de direito público (integradas na Administração Pública), com uma gestão direta se o serviço for prestado pela entidade titular (Estado ou municípios) através dos seus próprios meios, ou com uma gestão indireta se a entidade titular atribuir a gestão a uma organização pública com personalidade jurídica, como sucede no caso de serviços públicos geridos por empresas públicas ou por empresas públicas municipais<sup>57-58</sup>.

<sup>55</sup> Cf. ERSAR, *Relação das entidades gestoras...*, p. 16. Tal como se pode ler neste relatório, “*nos territórios que não sejam abrangidos por serviços de titularidade estatal, os municípios mantêm-se responsáveis por toda a cadeia de processo dos serviços de águas e resíduos, podendo gerir ou atribuir a sua gestão de forma conjunta ou separada (conferindo a gestão do serviços “em alta” a uma entidade e dos serviços “em baixa” a outra)*”.

<sup>56</sup> No âmbito da gestão pública de abastecimento de água, a intervenção do Estado fica, portanto, limitada às atividades grossistas, sendo os “*sistemas multimunicipais tendencialmente criados para resolver questões estratégicas relativas ao saneamento básico de vários municípios*”, nas palavras de João Nuno Calvão da SILVA, *Regulação das Águas...*, p. 569.

<sup>57</sup> Neste sentido, GONÇALVES, Pedro Costa, *A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessória*, Coimbra: Almedina, 1999, p. 38 e 39. Contrariamente, Fernanda MAÇÃS (*Serviços Públicos...*, p. 524) inclui na gestão pública direta a “*criação de entes públicos menores (pessoas coletivas de direito público de natureza institucional ou empresarial) aos quais são devolvidos os poderes para gerir o serviço, sob o controlo mais ou menos intenso do titular do serviço*”. Neste sentido também se pronuncia Marcello CAETANO (*cit.*, p. 1093 e ss). Contudo, parece-nos que faz mais sentido incluir a gestão por pessoa coletiva pública especialmente criada para o efeito no âmbito da gestão pública indireta.

<sup>58</sup> Tradicionalmente, e como explicam Vital MOREIRA e Fernanda Paula OLIVEIRA (*cit.*, p. 31 e ss.), “*distingua-se entre a “régie direta”, em que é a própria entidade pública que presta o serviço público, e a concessão, em que a entidade pública confia a uma entidade privada, mediante contrato administrativo, por tempo determinado, a tarefa de estabelecer e explorar o serviço público, fazendo-se remunerar pelas tarifas pagas pelos utentes, nos termos acordados, revertendo o serviço para a entidade pública no termo da concessão*”. No entanto, atualmente existem diversos modos de gestão pública indireta, em que as “*entidades públicas titulares do serviço público delegam a sua prestação a organismos públicos instrumentais (administração indireta), nomeadamente a empresas públicas, de regime público ou de direito privado. Do mesmo modo, diversificaram-se também as formas de delegação de serviços públicos a entidades privadas, para além da clássica figura típica da concessão*”.

Para além disso, a gestão do serviço público de abastecimento de água pode ser feita por organizações de direito privado<sup>59</sup>. Em Portugal existem atualmente cerca de 500 entidades gestoras que configuram um mosaico heterogéneo de soluções institucionais que podem, portanto, ser agrupadas em gestão direta pelo titular, delegação e concessão<sup>60-61</sup>.

<sup>59</sup> A problemática de saber se a prestação de serviço de água deve ser feita pelo setor público ou pelo setor privado tem gerado bastante discussão em diversos ordenamentos jurídicos. Numa análise de direito comparado, e como aponta Christopher DECKER (*cit.*, p. 363), em jurisdições como o Canadá, Alemanha, Itália, Holanda, EUA e ainda em algumas zonas de França, o modelo dominante é o da titularidade municipal do serviço, onde o município é responsável pelo fornecimento dos serviços de águas e resíduos. Noutros países, como é o caso da Austrália e Escócia, a titularidade destes serviços é estadual, saindo, portanto, da esfera dos municípios; o mesmo sucede em países africanos, onde os serviços de águas e resíduos são prestados pelo governo central (como se passa na Eritreia), por departamentos de água que operam junto às autoridades locais (é o caso da África do Sul e da Namíbia) ou por empresas municipais (no Quênia e Zâmbia). Em locais como a América do Sul, Austrália e algumas partes de França, verifica-se um envolvimento privado na prestação deste tipo de serviços, que assume a forma de contratos de concessão de longa duração, mantendo-se a sua titularidade pública. Por seu turno, em Inglaterra e no País de Gales, todos os serviços de águas e resíduos foram alvo de privatização desde 1990. No Chile, estes serviços são prestados predominantemente por empresas privadas, ainda que seja num modelo de parceria com empresas públicas, que têm uma participação minoritária.

<sup>60</sup> Segundo dados retirados do RASARP de 2012 (vol. I, 2012, p. 48) verifica-se que os serviços municipais são o submodelo de gestão com maior representatividade, com 191 municípios e abrangendo 3,1 milhões de habitantes. Esta tipologia é predominante em zonas rurais, com menor densidade populacional. Na situação oposta surgem as concessões multimunicipais, com uma densidade populacional de 3,5 mil hab/km<sup>2</sup>, que são caracterizadas por prestarem um serviço em áreas urbanas. As concessionárias municipais, as empresas municipais ou intermunicipais e os serviços municipalizados são também submodelos de gestão com peso no setor do abastecimento de água em baixa, abrangendo 1,8 milhões de habitantes, 1,7 milhões de habitantes e 2,2 milhões de habitantes, respetivamente. Apesar de abrangerem muito menos municípios que os serviços municipais, as características mais urbanas das suas áreas de intervenção podem explicar a elevada percentagem de população servida.

<sup>61</sup> A privatização destes serviços, mecanismo através do qual a reestruturação do setor da água passa para uma entidade privada especializada, ao invés de o processo ser conduzido e gerido por entidades públicas, ainda não é opção entre nós. Ainda que princípios básicos da gestão do serviço sejam aplicados quer num caso como noutro, esta solução ainda é bastante controversa e um assunto bastante delicado. Sobre este tema, *vide* MARTINS, Joaquim Poças, *Management of Change in Water Companies: In Search of Sustainability and Excellence*, IWA Publishing, 2014, p. 78.

Passaremos de seguida a analisar os modelos de gestão direta, delegada e concessionada do serviço, quer no âmbito dos sistemas de titularidade municipal quer no domínio dos sistemas de titularidade municipal ou intermunicipal.

## 2.1. Gestão Direta do Serviço

Dentro dos sistemas de titularidade municipal ou intermunicipal, podemos ter uma gestão direta do serviço através de serviços municipais, serviços municipalizados ou serviços intermunicipalizados (mediante associação de municípios). Neste último caso, em que existe uma associação de municípios, é constituída uma pessoa coletiva de direito público integrada por vários municípios<sup>62</sup>. Já no domínio dos sistemas de titularidade estatal, pode igualmente ser assumida uma gestão direta do serviço, ainda que atualmente não exista nenhum caso.

## 2.2. Gestão Delegada do Serviço

A gestão do serviço pode também ser delegada, tanto no âmbito dos serviços municipais como no domínio dos serviços de titularidade estatal. Em Portugal, a única entidade que assume a gestão delegada de um serviço de titularidade estatal é a EPAL – Empresa Pública das Águas Livres<sup>63</sup>.

<sup>62</sup> Conforme explica Jorge Miranda (*As Associações Públicas no Direito Português*, Lisboa: Cognitio, 1985, p. 23), as associações de municípios, “apesar de inseridas no domínio do poder local, nem por isso se confundem com as autarquias locais”. Com efeito, “o que as caracteriza é a agregação de certas pessoas coletivas territoriais ou uma delimitação em razão do território, não o exercício de qualquer poder sobre o território (que não exercem)”; são, portanto, entes locais mas não territoriais.

<sup>63</sup> A EPAL é sucessora da centenária CAL – Companhia das Águas de Lisboa, concessionária do abastecimento de água à cidade de Lisboa, entre 2 de abril de 1868 e 30 de outubro de 1974, altura em que terminou o contrato de concessão. Foi então constituída a EPAL – Empresa Pública das Águas de Lisboa (designação que mantém até 1981, quando passa a denominar-se por EPAL – Empresa Pública das Águas Livres). Em 1991, com o DL n.º 230/91, a EPAL é transformada em sociedade anónima de capitais integralmente públicos, situação que lhe confere maior flexibilidade de gestão para concretizar o seu desenvolvimento estratégico e realizar a sua missão, passando a ter a denominação social de EPAL – Empresa Portuguesa das Águas Livres, SA. A partir de 1993 é integrada no Grupo AdP – Águas de Portugal SGPS, SA. Atualmente, a EPAL é uma empresa do setor empresarial do Estado, detida a 100% pela AdP, encontrando-se sujeita ao enquadramento legal inerente a esta qualificação, nomeadamente, o disposto no DL n.º 133/2013, de 3 de outubro.

Já no âmbito dos sistemas de titularidade municipal, a gestão delegada é feita através de empresa do setor empresarial local sem participação do Estado (constituída nos termos da lei comercial ou como entidade empresarial local), em que existe uma eventual participação de vários municípios no capital social da entidade gestora, no caso de serviço intermunicipal, podendo ocorrer participação minoritária de capitais privados; através de empresa constituída em parceria com o Estado<sup>64</sup> (integrada no setor empresarial local ou do Estado), em que se dá uma participação do Estado e municípios no capital social da entidade gestora da parceria; ou ainda através de juntas de freguesias e associação de utilizadores, mediante a celebração de protocolos de delegação entre município e junta de freguesia ou associação de utilizadores.

### 2.3. Gestão Concessionada do Serviço

Por fim, a gestão do serviço de águas pode ainda ser feita de modo concessionado. Nos sistemas em alta, podemos ter entidade concessionária multimunicipal, em que existe uma participação do Estado e municípios no capital social da entidade gestora concessionária, podendo ocorrer participação minoritária de capitais privados. Já nos sistemas em baixa, a entidade gestora é a entidade concessionária municipal e a colaboração é feita mediante parceria público-privada entre os municípios e outras entidades privadas<sup>65</sup>.

Do contrato de concessão municipal de água trataremos, em pormenor, de seguida.

<sup>64</sup> As parcerias regem-se especialmente pelo DL n.º 90/2009, de 9 de abril (que estabelece o regime das parcerias entre o Estado e as autarquias locais para a exploração e gestão de sistemas municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos), e, em geral, pelo regime dos sistemas municipais constante do DL n.º 194/2009. Sobre o regime jurídico aplicável a estas parcerias, vide MAÇÃS, Fernanda, *As parcerias Estado/Autarquias locais: breves considerações sobre o novo modelo de gestão de serviços municipais de águas e resíduos*, in RCP, n.º 3, 2011, p. 77 e ss.

<sup>65</sup> Para alguns autores, o termo “*gestão delegada*” acaba por abarcar o conceito de “*concessão*”, que é um conceito simultaneamente específico e vago: específico porque diz respeito a um modelo contratual concreto (a concessão de obra e de serviço público) mas vago porque se assume como extremamente polissémico no direito francês, alemão, belga, italiano e espanhol. A este propósito, cf. COSSALTER, Philippe, *cit.*, p. 13.

### 3. A Contratualização da Gestão do Serviço Municipal de Água

#### 3.1. Contrato de Concessão de Serviço Público

Como escreve Hugh Collins, ao nível da prestação de serviços públicos, os Estados Modernos têm a possibilidade de escolher entre aproveitar a sua própria estrutura organizatória e trabalhadores ou então contratualizar a prestação, estabelecendo relações com entidades externas<sup>66</sup>. Nos termos deste último modelo, a gestão do serviço público é feita por organizações privadas do setor público ou organizações privadas do setor privado, através de contrato de concessão de serviço público<sup>67</sup>.

Por via deste contrato de concessão, a Administração “recruta” colaboradores externos que, pelas suas qualidades técnicas, pela perícia ou *know-how* exibidos, bem como pelas suas disponibilidades financeiras, se mostram mais aptos e capazes de desenvolver certas tarefas administrativas, sendo esta uma relação regulada nos termos definidos naquele contrato administrativo<sup>68</sup>. O fenómeno das concessões implica, portanto, que o Estado mantenha o direito de propriedade e de controlo da economia mas confere a possibilidade de o serviço ser prestado, durante um período limitado de tempo, por operadores privados<sup>69</sup>.

De um modo geral, as concessões implicam um acordo contratual entre a autoridade pública e um operador económico (o concessionário), ao abrigo do

<sup>66</sup> *Regulating Contracts*, Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 303 e 304.

<sup>67</sup> Com o DL n.º 319/94, de 24 de dezembro (com a última alteração legislativa do DL n.º 195/2009, de 20 de agosto), estabeleceu-se, assim, o regime jurídico dos sistemas multimunicipais de captação, tratamento e abastecimento de água para consumo público (art. 1.º, n.º 1), onde foi consagrado o “*quadro legal de carácter geral*” que contém “*os princípios gerais informadores do regime jurídico de construção, exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de captação, tratamento e abastecimento de água para consumo público, criados ou a criar quando atribuídos por concessão a empresa pública ou a sociedade de capitais exclusiva ou maioritariamente públicos*” (cf. Preâmbulo do DL n.º 319/94, de 24 de dezembro).

<sup>68</sup> Cf. GONÇALVES, Pedro Costa e MARTINS, Licínio Lopes, *cit.*, p. 262.

<sup>69</sup> Na formulação de Otto MAYER (Otto Mayer, *Le droit administratif allemand*, Éditions V. Giard et E. Brière, 1905, *apud* TONOLETTI, Bruno, *Beni Pubblici e Concessioni*, Padova: CEDAM, 2008, p. 146) a concessão de serviço público surge como um “*instrumento de realização de objetivos de interesse público e que consiste na atribuição de direitos de uso a título privado, mesmo limitando a utilização pública em geral*”.

qual este último presta serviços ou executa obras, consistindo parte substancial da sua remuneração na exploração da obra ou do serviço. Nesta medida, as concessões são especialmente vantajosas para a realização de projetos de interesse público em que o Estado ou as autoridades locais necessitem de capital e conhecimentos técnicos do setor privado para complementar os escassos recursos públicos. Esses projetos representam uma percentagem importante da atividade económica na UE, com especial pertinência para as indústrias de rede e para a prestação de serviços de interesse económico geral.

O objeto deste contrato é, assim, uma atividade de serviço público, como conjunto de atividades que a lei coloca a cargo da Administração e que se resolve numa atividade de prestação, para satisfação de necessidades coletivas individualmente sentidas<sup>70-71</sup>. A atividade de serviço público objeto da concessão tem, por isso, de pertencer à entidade concedente.

No que toca à natureza jurídica da concessão de serviços públicos, e segundo posição perfilhada por Pedro Costa Gonçalves, esta será um “*ato jurídico de direito público (não de direito privado), em princípio, de natureza contratual (não unilateral), cujas cláusulas têm uma eficácia parcial ou também regulamentar*”<sup>72</sup>. Ou seja, é um ato que corresponde a uma forma de atuação típica e exclusiva do direito estatutário da Administração Pública, passível de assumir natureza de ato ou contrato administrativo e que inclui cláusulas com eficácia contratual mas também geral ou regulamentar. Surgem, assim, ao lado das cláusulas contratuais (que regulam o estatuto contratual do concedente e do

<sup>70</sup> Neste sentido, cf. MAÇÃS, Fernanda, *A Concessão de Serviço Público e o Código dos Contratos Públicos*, in *Estudos de Contratação Pública I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 409.

<sup>71</sup> Ainda que no serviço concessionado se possa incluir a construção das próprias infra-estruturas destinadas a possibilitar o serviço, estaremos, de igual modo, perante um contrato de concessão de serviço público e não um contrato de concessão de obras públicas. Esta é a noção apresentada por Pedro Costa GONÇALVES (*Concessão...*, p. 126), que inclui a “*execução de obras e instalações necessárias*” na concessão de serviço público. Por seu turno, Diogo Freitas do AMARAL e Lino TORRAL (*Concessão de Serviços Públicos Municipais: conceito de “tarifa média” e definição de um limite máximo à evolução do seu valor*, in *Estudos sobre concessões e outros actos da administração: pareceres*, Coimbra: Almedina, 2002, p. 300) entendem que a concessão da exploração e gestão de sistema de distribuição de água e de drenagem das águas residuais será um contrato administrativo misto: estão reunidos num só contrato elementos de dois contratos administrativos nominados e típicos, a concessão de obras públicas e a concessão de serviços públicos.

<sup>72</sup> *A concessão...*, p. 193.

concessionário), as disposições dotadas de eficácia *praeter-contratual*, geralmente relativas à organização, gestão e funcionamento do serviço público, que asseguram ao utente o direito à prestação perante o concessionário<sup>73-74</sup>.

Já no que respeita à partilha de riscos, foi a Diretiva 93/37/CE, no âmbito das normas da UE que regulam a contratação pública no espaço europeu, que, ao prever um regime especial respeitante aos procedimentos a seguir na adjudicação de uma concessão de obras, obrigou a identificar os traços característicos desta figura, com vista a distinguir o fenómeno económico da concessão de serviços da noção de contrato público de serviços. Neste sentido, é publicada a *Comunicação Interpretativa da Comissão sobre Concessões em Direito Comunitário* (2000/C 121/02)<sup>75</sup>, onde se considera que se estará perante uma concessão quando o “operador suporta os riscos ligados ao serviço em causa (*estabelecimento do serviço e sua exploração*), sendo remunerado pelo utente, nomeadamente através da cobrança de taxas, sob qualquer forma que seja”. Assim, chamada a distinguir os contratos públicos das concessões, a Comissão estabeleceu como critério decisivo e identificador da concessão “a transferência da responsabilidade de exploração, que engloba os aspetos técnicos, financeiros e de gestão da obra”, ou seja, numa concessão os riscos e imprevistos inerentes à exploração são transferidos para o concessionário<sup>76-77</sup>.

<sup>73</sup> Desta feita, e apesar de a concessão de serviços se encontrar definida no n.º 2 do art. 407.º do CCP, aprovado pelo DL n.º 18/2008, de 29 de janeiro, como “o contrato pelo qual o cocontratante se obriga a gerir, em nome próprio e sob sua responsabilidade, uma atividade de serviço público, durante um determinado período, sendo remunerado pelos resultados financeiros dessa gestão ou, diretamente, pelo contraente público”, ainda assim a concessão não poderá ser tida como um mero contrato.

<sup>74</sup> A concessão distancia-se, assim, da autorização: enquanto que a concessão surge como um ato jurídico que atribui ao particular a faculdade de exercer uma atividade pública, já a autorização surge como um ato jurídico que permite ao particular desenvolver uma atividade privada. Neste sentido, vide GONÇALVES, Pedro Costa, *Controlo público prévio...*, p. 87, e COSSALTER, Philippe, *cit.*, p. 13, que escreve precisamente que “a noção de delegação se opõe à ideia de autorização. A autorização é um ato administrativo que levanta os obstáculos ao exercício de um direito subjetivo preexistente, enquanto que a concessão administrativa confere a um terceiro o exercício de direitos pertencentes originalmente à Administração”.

<sup>75</sup> Publicada no JOCE, n.º C-121, de 29 de abril de 2000, p. 2.

<sup>76</sup> Cf. MAÇÃS, Fernanda, *A Concessão de Serviço Público...*, *cit.*, p. 389. Esta noção veio a ser retomada, num momento posterior, no *Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em Matéria de Contratos Públicos e Concessões*, bem como na Diretiva 2004/18/CE, de 31 de março de 2004.

Uma das principais novidades introduzidas pelo CCP foi a definição, no seu art. 407.<sup>o</sup>, de concessão de serviço público, já que até aí apenas vigoravam noções avançadas pela doutrina. O contrato de concessão de serviço público passa a ser definido como o “*contrato pelo qual o cocontratante se obriga a gerir, em nome próprio e sob sua responsabilidade, uma atividade de serviço público, durante determinado período, sendo remunerado pelos resultados financeiros dessa gestão ou, diretamente, pelo contraente público*”<sup>78</sup>.

O que está em causa é, portanto, a transferência da responsabilidade pela gestão de uma atividade de serviço público. E esta assume-se como uma noção suficientemente elástica para abranger formas de colaboração público-privadas de conteúdo diverso<sup>79</sup>. Ao contrário do que se verifica noutros países, esta é uma noção suficientemente lata e, por conseguinte, apta a cobrir realidades económicas e contratuais caracterizadas pela colaboração entre o setor público e o privado. A esta noção lata acrescentam-se, quando a concessão surge associada a parcerias público-privadas, normas especiais a adotar no

<sup>77</sup> O CCP contém apenas uma norma expressa sobre o modo de repartição do risco nas PPP: esta aparece prevista no art. 413.<sup>o</sup>, ou seja, nas disposições gerais aplicáveis às concessões de obra e serviço público, aí se prevendo que “*o contrato deve implicar uma significativa e efetiva transferência do risco para o concessionário*”. A repartição surge ainda referida no art. 282.<sup>o</sup> a propósito da reposição do equilíbrio financeiro do contrato. Prevê-se aqui que: i) na reposição do equilíbrio económico-financeiro deve ter-se em conta a repartição do risco definida contratualmente e ii) a reposição desse equilíbrio não pode cobrir perdas do parceiro privado inerentes à gestão dos riscos que lhe cabiam.

<sup>78</sup> Ainda que, segundo a noção comunitária, a concessão seja caracterizada pelo facto de a remuneração do contraente particular estar vinculada à exploração de um ativo ou de um serviço, o que é certo é que o CCP não se revê totalmente nesta noção. Com efeito, da leitura conjugada do art. 410.<sup>o</sup> (que determina que *o prazo de vigência do contrato é fixado em função do período de tempo necessário para amortização e remuneração, em normais condições de rendibilidade da exploração, do capital investido pelo concessionário*), do art. 413.<sup>o</sup> (que dispõe que *o contrato deve implicar uma significativa e efetiva partilha do risco para o concessionário*) e do art. 416.<sup>o</sup> (onde se pode ler que *o contrato só pode atribuir ao concessionário o direito a prestações económico-financeiras desde que as mesmas não violem as regras comunitárias e nacionais da concorrência, sejam essenciais à viabilidade económico-financeira da concessão e não eliminem a efetiva e significativa transferência do risco da concessão para o concessionário*), resulta claro que a remuneração do concessionário aparece de alguma forma associada à sorte da exploração. Cf., a este propósito, VIEIRA, Pedro Siza, *Regime das concessões de obras públicas e de serviço público*, in *CJA*, n.º 64, 2007, p. 49.

<sup>79</sup> VIEIRA, Pedro Siza, *cit.*, 50 e ss. A concessão de serviço público tanto pode envolver a gestão de um serviço público como pode assentar na prestação de utilidades pelo concessionário diretamente ao público ou à própria Administração.

procedimento pré-contratual e na execução do contrato e mantém-se em vigor a legislação das PPP <sup>80</sup>.

Estamos, pois, perante um modelo de contratualização da gestão, que se caracteriza pela separação institucional entre a titularidade e a gestão dos serviços de águas<sup>81</sup>, também designado por modelo francês. Os contratos de concessão reconduzem-se à categoria dos *contratos de colaboração*, que, em regra, associam durante longo prazo um contraente público e um cocontratante privado, assumindo este último a responsabilidade de, em seu nome, conceber, executar e gerir uma atividade de serviço público<sup>82</sup>. Quando preenchem os requisitos previstos na lei, os contratos de colaboração poderão configurar contratos de parceria público-privada, ficando, então, sujeitos a um regime especial.

### 3.2. Parceria Público-Privada do Tipo Contratual

Conforme escreve Diogo Duarte de Campos, as PPP têm tido um desenvolvimento absolutamente notável em todo o mundo, sobretudo em virtude da magreza dos orçamentos estatais que impõe o recurso ao financiamento privado<sup>83</sup>.

Definidas em sentido amplo como toda e qualquer forma de colaboração entre o setor público e o setor privado, tendo por objeto uma atividade em benefício da coletividade<sup>84</sup>, as PPP surgem como uma consequência da

<sup>80</sup> MAÇÃS, Fernanda, *A concessão de serviço público e o Código...*, p. 412. Como a autora explica, o legislador enveredou por caminho diferente do espanhol ou do mesmo do francês, que tiveram de criar novas modalidades de contratos para dar cobertura à realidade económico-financeira multifacetada decorrente da proliferação do fenómeno das PPP.

<sup>81</sup> AMARO, António Leitão, *cit.*, p. 45.

<sup>82</sup> Será precisamente pelas “*funções não puramente colaborativas mas também substitutivas do cocontratante privado*” que a concessão de serviços públicos ficou de fora das regras da concorrência ao nível da UE, como veremos *infra*. Neste sentido, *vide* AYALA, Bernardo Diniz de, *O Método de Escolha do Co-contratante da Administração nas Concessões de Serviços Públicos – Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de dezembro de 2000*, in CJA, n.º 26, p. 15.

<sup>83</sup> Neste sentido, *cf.* CAMPOS, Diogo Duarte de, *Parcerias Público-Privadas Institucionais e o duplo (triplo) concurso*, in *Estudos de Contratação Pública*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 395 e 396.

<sup>84</sup> *Cf.* CABRAL, Nazaré da Costa, *As Parcerias Público Privadas*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 13.

necessidade não só de reorientar e redimensionar o setor público, mas também de favorecer a participação da iniciativa privada na esfera da governação pública<sup>85</sup>. Inseridas no âmbito de uma estratégia que conjuga a privatização de responsabilidades públicas com a ativação de responsabilidades privadas, associadas a uma redistribuição do papel e das responsabilidades do Estado e da Sociedade, as PPP apontam de modo indeclinável para o reforço da participação dos agentes privados na realização do bem comum e na criação de bem-estar<sup>86</sup>.

Como vimos *supra*, a exploração e gestão dos sistemas municipais podem ser realizadas diretamente pelas autarquias, através da associação de dois ou mais municípios, por empresas municipais de titularidade totalmente pública ou então através de contratos de parceria com empresas de capitais privados, sujeitos a prévio concurso público. Estes contratos de parceria entre municípios e entidades externas, independentemente da titularidade dos seus capitais, podem ser do tipo contratual (por norma, concessões) ou do tipo institucional (empresa municipal ou empresa intermunicipal)<sup>87</sup>.

Do que trataremos de seguida é das PPP do tipo contratual.

As PPP do tipo contratual têm uma longa história. Já no séc. XIX, em Inglaterra, Edwin Chadwick distinguia a *concorrência no mercado* com a *concorrência pelo mercado*: esta última dar-se-ia quando a primeira não fosse possível, ou seja, quando o mercado se mantivesse em regime de monopólio mas

<sup>85</sup> Estamos perante um modelo de “*cooperação duradoura dos agentes públicos e privados na provisão de infraestruturas e na prestação de serviços públicos mediante o recurso às capacidades de financiamento e gestão do setor privado*” (AZEVEDO, Eduarda, *As parcerias público privadas: instrumento de uma nova governação pública*, Dissertação de Doutoramento em Direito, FDUL, 2008, p. 15).

<sup>86</sup> Nas palavras de Hans Wilhelm ALFEN (*Les PPP: de quoi parle-t-on? Essai de définition et de cadrage des PPP comme mode alternatif de fourniture de biens et de services publics*, in *Évaluer les Partenariats Public-Privé en Europe: quelles conséquences pour la commande et le projet? Quels impacts sur la qualité des bâtiments et des services? Quelles méthodes d'évaluation?*, Réseau Ramau, Latts; direção de Elisabeth Campagnac, Paris: Presses de l'école Nationale des Ponts et Chaussées, 2009, p. 51), o termo PPP traduz um modelo de um contrato particular que tem implícita uma forma de cooperação singular, global e organizada, entre o setor público e o setor privado, com vista a alcançar variados objetivos.

<sup>87</sup> DINIS, Samuel, e MARQUES, Rui Cunha, *Análise das Parcerias Público-Privadas: Serviços municipais de água e águas residuais*, Lisboa: AEPSA, 2010, p. 5 e 6.

houvesse concorrência pela posição de prestador do serviço<sup>88</sup>. Promover-se-ia, deste modo, uma concorrência baseada unicamente nos preços dos produtos e serviços que fossem mais próximos dos custos médios previstos, ou seja, venceria o concurso público o operador que apresentasse a melhor oferta, quer do ponto de vista do menor preço, quer do ponto de vista da melhor renda à entidade responsável pelo serviço.

Surge, assim, quer com Chadwick (em 1859) quer, posteriormente com Harold Demsetz<sup>89</sup> da escola de Chicago (em 1968), a ideia de que o Governo deve colocar a concurso o direito de prestar um serviço público – seja de energia, água ou telecomunicações –, com fundamento na ideia de que a abertura à concorrência disciplina de modo mais efetivo o mercado do que o processo regulatório das entidades estaduais. Este acesso ao mercado, ou concorrência pelo mercado, seria, portanto, feita através de parcerias público-privadas, definida ao nível da UE como um tipo de cooperação entre entidades públicas e operadores económicos com o objetivo de financiar, construir, renovar e gerir ou manter as infraestruturas ou a prestação de um determinado serviço<sup>90</sup>.

Ora, as concessões que envolvem parceiros privados representam uma forma específica de PPP: de acordo com as informações disponíveis, mais de 60% dos contratos de PPP podem ser classificados como concessões. Enquanto modelo em que a remuneração do parceiro privado assenta no direito de explorar a obra ou o serviço, com todos os riscos financeiros inerentes, as concessões constituem um quadro jurídico conveniente para a realização de tarefas públicas através de PPP, permitindo assegurar obras públicas e serviços essenciais e, simultaneamente, manter esses ativos fora do balanço do setor público<sup>91</sup>.

As PPP do tipo contratual podem ser, assim, estabelecidas através de contrato de concessão, sujeito a prévio concurso público, visando desenvolver projetos estruturantes para a comunidade, potenciar o aproveitamento pelo

<sup>88</sup> *Results of different principles of legislation and administration in Europe: of competition for the field, as compared with the competition within the field of service*, in *Journal of the Royal Statistical Society*, vol. 22, n.º 3, 1859, p. 381-420.

<sup>89</sup> *Why regulate utilities?*, in *JLE*, vol. 11, n.º 1, 1968, p. 55-65.

<sup>90</sup> MARQUES, Rui Cunha, e BERG, Sanford, *Revisiting the strenghts and limitations of regulatory contracts in infrastructure industries*, Munich Personal RePEc Archive, 2010, p. 2.

<sup>91</sup> Cf. COMISSÃO EUROPEIA, *Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão – Resumo da Avaliação de Impacto que acompanha o documento Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à adjudicação de contratos de concessão*, de 20 de dezembro de 2011, p. 2.

parceiro público da capacidade de gestão do setor privado, melhorar a qualidade dos serviços públicos prestados, bem como gerar poupanças consideráveis na utilização de recursos públicos e gerir melhor os riscos (em especial aqueles associados ao mercado, procura e disponibilidade)<sup>92</sup>. Nestes termos, uma PPP pode ser definida como um tipo de relação que se estabelece entre o Estado e o setor privado através da qual atividades consideradas historicamente públicas (ainda que parcialmente) passam a ser prestadas por operadores privados<sup>93</sup>.

Também o *Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas* adotou a distinção entre as PPP de tipo puramente contratual, em que a colaboração entre os setores público e privado assenta em relações exclusivamente contratuais, e as de tipo institucionalizado, onde a cooperação entre os setores público e privado se estabelece mediante a criação de uma entidade distinta. O *Livro Verde* caracteriza, assim, o modelo concessório pela relação direta entre o parceiro privado e o utente final e pela possibilidade de a remuneração do parceiro privado poder consistir em taxas cobradas aos utentes da obra ou do serviço, eventualmente acompanhadas de subvenções por parte do parceiro público<sup>94</sup>.

Atualmente, entre nós, é o DL n.º 111/2012, de 23 de maio, que disciplina a intervenção do Estado na definição, conceção, preparação, concurso, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento global das PPP e cria a Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos. Para efeitos deste diploma, e nos termos do art. 2.º, n.º 1, considera-se PPP “*o contrato ou a união de contratos por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar, mediante contrapartida, o desenvolvimento de uma atividade tendente à satisfação de uma necessidade coletiva, em que a responsabilidade pelo investimento, financiamento, exploração e riscos associados, incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado*”, constituindo o contrato de concessão ou de subconcessão de serviço público o instrumento de

<sup>92</sup> DINIS, Samuel, e MARQUES, Rui Cunha, *cit.*, p. 6.

<sup>93</sup> SAVAS, Emanuel, *Privatization and public-private partnerships*, New York: Seven Bridges Press, 2000, p. 4.

<sup>94</sup> *Cf.*, a este propósito, MAÇÃS, Fernanda, *A Concessão de Serviço Público...*, p. 390. O *Livro Verde* reveste-se de uma grande importância já que constituiu a primeira vez que a Comissão analisa as PPP autonomamente.

regulação jurídica das relações de colaboração entre entes públicos e entes privados (n.º 2, al. b))<sup>95</sup>.

Concluída esta Parte I, vejamos então de que modo se colocam os problemas tarifários no domínio das concessões de serviços municipais de água.

## **PARTE II – A QUESTÃO TARIFÁRIA NUMA PERSPETIVA DE DIREITO ADMINISTRATIVO E REGULATÓRIO**

### **Capítulo I: Sujeitos do Contrato de Concessão e Intervenção Regulatória**

#### **1. A Relação de Direito Administrativo entre Concedente e Concessionário**

##### **1.1. Contrato de Direito Administrativo Sujeito às Regras de Direito Administrativo**

Esta Parte II tem como principal objetivo estudar o tipo de relação que se estabelece entre concedente do serviço público e concessionário e o tipo de intervenção, sobretudo ao nível da regulação económica, que a entidade reguladora do serviço de água e resíduos deve, cada vez mais, assumir. Pretendemos, assim, num primeiro momento, compreender a relação de direito administrativo que está na base do contrato de concessão de serviço público e qual o papel que cabe à ERSAR, nomeadamente no âmbito dos novos instrumentos de direito administrativo.

<sup>95</sup> É de salientar, contudo, que se excluem do âmbito de aplicação deste diploma “as concessões de sistemas multimunicipais de abastecimento de água para consumo humano, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos sólidos urbanos previstas no DL n.º 379/93, de 5 de novembro, com a redação dada pelo DL n.º 195/2009, de 20 de agosto” (al. b) do n.º 5) e ainda as “as concessões atribuídas pelo Estado, através de diploma legal, a entidades de natureza pública ou de capitais exclusivamente públicos, sem prejuízo de as parcerias desenvolvidas por qualquer uma destas entidades se encontrarem sujeitas ao regime previsto no presente diploma” (al. c) do n.º 5). Sobre este diploma, cf. KIRKBY, Mark, e ANDRADE, Gisela, *O Novo Regime das Parcerias Público-Privadas: Visão Geral*, in *Observatório da Contratação Pública*, 2012.

Como foi já dito, a relação que se estabelece entre concedente e concessionário é regulada por normas jurídico-públicas de direito administrativo<sup>96</sup>. Com efeito, no âmbito de um contrato de concessão de serviço público estamos perante um ato constitutivo de uma relação jurídica administrativa pelo qual uma pessoa, titular de um serviço público, atribui a uma outra pessoa o direito de, no seu próprio nome, organizar, explorar e gerir esse serviço<sup>97</sup>. O carácter ou a natureza administrativa desta relação surge, portanto, “*de mãos dadas*” com o seu instrumento disciplinador, que é o contrato administrativo.

Assumindo-se como uma técnica de colaboração entre os setores público e privado, na concessão de serviços públicos está em causa uma relação jurídica em que um particular assume o dever específico de desempenhar uma tarefa ou atribuição que a lei confia inicialmente à Administração Pública. Estamos perante um contrato qualificável como contrato administrativo, nos termos do n.º 6 do art. 1.º do CCP, já que se confere ao “*cocontratante direitos especiais sobre coisas públicas ou o exercício de funções do contraente público*”<sup>98</sup>.

Não obstante, o dever institucional de proteger e salvaguardar o interesse público não pertence ao concessionário, mas antes à Administração concedente: os poderes que ela detém sobre o instrumento da concessão e sobre o concessionário, enquanto gestor do serviço público, são instrumentos que a ordem jurídica coloca à sua disposição para cumprir essa sua atribuição. Estes são poderes funcionais ou poderes-deveres que provam que a concessão não desresponsabiliza a Administração Pública<sup>99</sup>. O ato concessório não é um ato

<sup>96</sup> Segundo formulação de Vieira de ANDRADE (*A justiça administrativa: lições*, 13ª ed., Coimbra: Almedina, 2014, p. 79), a relação jurídico-administrativa será aquela em que “*um dos sujeitos, pelo menos, seja uma entidade pública ou uma entidade particular no exercício de um poder público, atuando com vista à realização de um interesse público legalmente definido*”.

<sup>97</sup> GONÇALVES, Pedro Costa e MARTINS, Licínio Lopes, *cit.*, p. 261.

<sup>98</sup> A maior parte dos contratos com este objeto correspondem a contratos típicos, como os contratos de concessão de obras públicas, serviços públicos e de exploração de bens do domínio público; no entanto, esta previsão afigura-se útil, conforme explica Mário Aroso de ALMEIDA (*Teoria Geral do Direito Administrativo*, Coimbra: Almedina, 2012, p. 272), já que, através dela, se pretende dar expressão a uma categoria de contratos administrativos por natureza, em razão da natureza pública do seu objeto, que envolve a disposição de bens públicos ou implica a realização, pelo contraente privado, de atividades de natureza pública, em contraposição a contratos que se caracterizam por terem objeto prestações que poderiam ser alvo de contrato de direito privado.

<sup>99</sup> Neste sentido, GONÇALVES, Pedro Costa, *A Concessão...*, p. 176.

criador de uma relação orgânica entre o concessionário e a Administração, que transformaria aquele num órgão desta última. A concessão não cria uma “*relação intra-administrativa*”; a relação de concessão deve ser vista, sim, como uma relação fundada num contrato em que o concessionário tem, relativamente à Administração, o estatuto de parte contratual, sendo a relação contratual e não orgânica<sup>100</sup>.

Este é, portanto, um contrato público que se encontra inequivocamente ligado à regulação: quer no que respeita ao seu procedimento de formação, quer quanto à disciplina da relação contratual, encontra-se submetido a uma regulação específica de direito público administrativo<sup>101</sup>. Mediante um contrato de concessão o particular executa o serviço em seu próprio nome e por sua conta e risco, submetendo-se, contudo, à fiscalização e ao controlo por parte da Administração Pública e à intervenção desta em alguns aspetos da sua atividade<sup>102</sup>.

## **1.2. *Relação Trilateral ou Dimensão Tridimensional do Contrato de Concessão***

Pelo exposto até aqui, resulta claro que o setor da água se assume como sendo de enorme complexidade: para além de todas as decisões terem de levar em consideração aspetos técnicos, económicos, ambientais, sociais e políticos, estas têm de ser tomadas a um nível local, regional e nacional. O setor do abastecimento de água pode ser sujeito a uma gestão pública ou privada segundo diferentes modelos de gestão, muitas vezes afetados por ciclos políticos. Ademais, com o envolvimento cada vez mais intrusivo da ERSAR enquanto entidade reguladora, a complexidade do setor já não se limita ape-

<sup>100</sup> Conforme posição perfilhada por Pedro Costa GONÇALVES e Licínio Lopes MARTINS, *cit.*, p. 261.

<sup>101</sup> Como escreve Pedro Costa GONÇALVES (*Regulação Administrativa e Contrato*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. II, Lisboa, 2010, p. 1007), o contrato público “é uma figura publicamente regulada, e é-o extensamente, tanto nos sistemas europeus como no direito norte-americano”.

<sup>102</sup> Cf. FILHO, José Soares, *Serviço Público: conceito, privatização*, in *Revista Jus et Fides*, n.º 1, ano 2, 2002, p. 115.

nas a um conflito de interesses entre entidade titular, entidade gestora e consumidor<sup>103</sup>.

Com efeito, o facto de, na sua grande maioria e pelo mundo todo, os serviços de águas e resíduos serem serviços de titularidade estadual levanta a questão de saber se a existência de uma entidade com funções de regulação se revela verdadeiramente necessária. E a questão coloca-se com maior acuidade, como veremos *infra*, no âmbito da regulação de serviços municipais, já que esta intervenção pode ser considerada como uma interferência injustificada por parte de uma entidade sem legitimidade democrática nas atribuições legais dos municípios<sup>104</sup>.

Como vimos, a concessão de serviços públicos surge no “*quadro dos novos papéis do contrato como meio de realização das tarefas públicas*”<sup>105</sup>, distanciando-se das tradicionais concessões liberais do séc. XIX<sup>106-107</sup>. Através da técnica concessória, o concessionário adquire um novo direito – o direito de gerir em seu próprio nome, e não em nome da Administração, um determinado serviço público por um determinado prazo<sup>108</sup>. A posição do concessionário será uma posição jurídica derivada, já que o titular do serviço público lhe cede uma

<sup>103</sup> Cf., a este propósito, MARTINS, Joaquim Poças, *cit.*, p. 74 e ss.

<sup>104</sup> *Ibidem*, p. 96.

<sup>105</sup> ESTORNINHO, Maria João, *Concessão de Serviços Públicos...*, p. 21.

<sup>106</sup> Tradicionalmente, e como bem salientava João de Magalhães COLAÇO (*Concessões de Serviços Públicos – sua natureza jurídica*, Coimbra, 1914, p. 13), “*não era usada a expressão concessões de exploração de serviço público: o que sempre se estudou foram as concessões de obras públicas*”.

<sup>107</sup> Embora existissem concessões desde, pelo menos, o século XVIII, o que é certo é que a descoberta da concessão de serviço público como um contrato *sui generis*, isto é, como um contrato que possui um regime jurídico diferente dos contratos civis em geral e, basicamente, do contrato anteriormente conhecido de obra pública, é historicamente recente, datado das primeiras décadas do séc. XX. Esta descoberta foi obra do Conselho de Estado Francês, com o célebre caso *Gaz de Bourdeaux*, de 1916, já que até então eram tidas como de natureza privada as relações jurídicas estabelecidas entre concessionário e poder concedente. Tal como era feito pelo Conselho de Estado Francês, a partir da identificação de um determinado contrato como sendo de concessão de serviço público, ou seja, a partir da constatação das suas características essenciais, seria, a partir dele, construído o regime jurídico aplicável. Esta conceção vingou igualmente entre nós. Cf., a este propósito, PEREZ, Marcos Augusto, *O risco no contrato de concessão de serviço público*, Editora Fórum, 2006, p. 58 e 59.

<sup>108</sup> Por força da concessão, a esfera jurídica do concessionário é alargada, e ele passa a poder fazer algo (exercer uma atividade pública ou usar um bem público para fins privados) que até então lhe estava vedado.

parcela dos direitos e poderes inerentes à titularidade do serviço público<sup>109-110</sup>. Nestes moldes, numa relação de concessão de serviços públicos coexistem, a um só tempo, diversas posições ativas e passivas. Por um lado, temos as posições caracteristicamente contratuais, ou seja, os direitos e deveres contratuais de que são reciprocamente titulares a Administração e o concessionário; e, por outro lado, poderes e sujeições, designadamente poderes de autoridade da Administração, a que correspondem, do lado passivo, situações de sujeição do concessionário<sup>111</sup>.

Contudo, esta relação de concessão não se pode reduzir a um “*estrito esquema da bilateralidade*”<sup>112</sup>. É que não estamos apenas perante uma relação entre entidade concedente e concessionária: o concessionário, para além de ser simultaneamente titular de direitos e deveres perante a entidade concedente, encontra-se também onerado com deveres em face dos utentes do serviço público cuja gestão lhe foi confiada. E, para além de estarmos perante uma relação que se estabelece entre concedente, concessionário e utente, verifica-se ainda a intervenção de uma quarta entidade, com funções de regulação e supervisão.

Assim, e do nosso ponto de vista, no plano funcional, o contrato de concessão cria uma verdadeira *relação jurídica trilateral* que acaba por ficar encobera pelo domínio de atuação da entidade reguladora<sup>113</sup>. A lógica subjacente

<sup>109</sup> GONÇALVES, Pedro Costa e MARTINS, Licínio Lopes, *cit.*, p. 248. Como explicam os autores, o direito que o concessionário adquire é um direito novo na sua esfera jurídica mas não é criado *ex novo*. É um direito transferido da esfera jurídica originária (a do concedente) para a esfera jurídica do concessionário. E nem sequer são todos os direitos e poderes que são transferidos para o concessionário, este passa apenas a deter o direito à gestão do serviço público e os poderes necessários a essa gestão (exploração e execução) mas o ente público conserva a titularidade do serviço e, por conseguinte, os poderes de controlo e fiscalização da atuação do concessionário.

<sup>110</sup> A concessão de distribuição de água, tal como caracterizada por Rogério SOARES (*O princípio da legalidade e a Administração Constitutiva*, in *BFD*, Coimbra, 1981, p. 108), apresenta-se como uma concessão translativa, já que a Administração “*transmite a um particular poderes de uso especial sobre bens públicos (...) ou o investe na situação de titular dum serviço público*”.

<sup>111</sup> Cf. GONÇALVES, Pedro Costa, e MARTINS, Licínio Lopes, *cit.*, p. 263-264.

<sup>112</sup> *Ibidem*, p. 243.

<sup>113</sup> A doutrina chega mesma a caracterizar a concessão como um “*rapporto trilaterale fra amministrazione, concessionario e utenti del servizio*”. Vide, a este respeito, FRACCHIA, Fabrizio, *La distinzione fra le concessioni di servizio pubblico e di opera pubblica*, in *La concessione di pubblico servizio*, Milão, 1995, *apud* GONÇALVES, Pedro Costa, *A Concessão...*, p. 130.

a esta relação será, deste modo, *tridimensional*: deve considerar-se a relação entre concedente e concessionário (relação de direito administrativo), a relação entre concessionário e utente (relação de consumo, como veremos *infra*) e, para além disso, a intervenção da entidade reguladora quer no domínio do contrato administrativo quer no domínio do contrato de consumo.

Estes contratos podem ser ainda definidos como *contratos relacionais*, na medida em que dão origem a um contexto relacional de duração mais ou menos prolongada, que “*envolve não apenas uma mera troca mas sim um verdadeiro relacionamento entre as partes contratantes*”<sup>114</sup>. Mais do que contratos que assumem uma longa duração<sup>115</sup>, os contratos de concessão (sobretudo aqueles que cujo modelo de colaboração assenta em PPP) implicam um diálogo constante entre entidade concedente e concessionária e uma constante adequação dos seus termos às circunstâncias futuras e, muitas vezes, imprevisíveis<sup>116</sup>. Perante tais exigências, passemos a analisar de que modo deve a entidade reguladora intervir.

<sup>114</sup> Tal como são definidos por EISENBERG, M. (*Why There is No Law of Relational Contracts*, in *NwULR*, n.º 94, 2000, p. 805 e ss), estes “*relational contracts*” distinguem-se dos “*discrete contracts*”, já que neste último caso o contrato envolve uma mera troca e não uma relação. Como explica o autor, a teoria dos contratos relacionais tornou claras as duas principais desvantagens da teoria clássica do contrato: o seu carácter estático e o pressuposto de que todos os contratos são contratos discretos.

<sup>115</sup> Como Charles J., GOETZ e Robert E. SCOTT denotam (*Principles of Relational Contracts*, in *VaLR*, vol. 67, n.º 6, 1981, p. 1091), ainda que exista uma certa tendência para equiparar o termo “*relational contract*” com o “*long-term contractual involvements*”, o que é certo é que a extensão temporal *per se* não serve como definição deste tipo de contratos. Sobre esta modalidade de contratos, vide COLLINS, Hugh, *Introduction: The Research Agenda of Implicit Dimensions of Contracts*, in *Implicit Dimensions of Contract: Discrete, Relational, and Network Contracts*, Bloomsbury Publishing, 2003, p. 18 e ss.

<sup>116</sup> Analisando os contratos de concessão de outro ponto de vista, Pablo T. SPILLER (*An institucional theory of public contracts: regulatory implications*, in *Regulation, Deregulation, Reregulation: Institucional Perspectives*, Edward Elgar, 2009, p. 57) considera que estes são contratos rígidos desde a sua origem, e que nem sequer podem ser considerados contratos relacionais. De facto, e segundo a conceção deste autor, as adaptações necessárias face a alterações de circunstâncias implicam verdadeiras renegociações contratuais, e não meros desvios ao que tinha sido inicialmente acordado.

## 2. A Intervenção Regulatória da ERSAR enquanto Autoridade Independente

### 2.1. O Surgimento do Estado Regulador e de Garantia

Como escreve João Nuno Calvão da Silva, “o séc. XX assiste a um incremento estadual na vida económica e social. De um Estado mínimo passamos a uma atuação estatal nos mais diversos domínios: economia, cultura, previdência, enfim, em todas as áreas da vida em sociedade”<sup>117</sup>. Se até aqui o desenvolvimento da atividade económica se fazia sem a presença do Estado – num claro período de liberalismo económico que perduraria desde o final do séc. XVIII até ao princípio da terceira década do séc. XX – por esta altura, a Administração Pública deixa de ser tida como “potencial agressora dos direitos subjetivos dos cidadãos” e passa a ser considerada como “instrumento de realização das mais variadas tarefas do Estado Social emergente”<sup>118</sup>. Emergente das Guerras Mundiais e da Grande depressão temos, assim, uma Administração prestadora de bens e serviços e conformadora da vida social, ou seja, um Estado Social ou um Estado-Providência<sup>119, 120</sup>.

No entanto, por volta dos anos 70 do séc. XX, a realidade altera-se. Assiste-se a uma reestruturação da Administração Pública e a uma mudança do modelo de Estado: surge o designado Estado Regulador, num momento de clara ruptura com o modelo de Estado de serviço público<sup>121</sup>. Em decorrência

<sup>117</sup> *Mercado e Estado: serviços de interesse económico geral*, Coimbra: Almedina, 2008, p. 29 e ss.

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 40 e ss.

<sup>119</sup> Como explica Luís Cabral de MONCADA (*Manual Elementar de Direito Público da Economia e da Regulação: uma Perspectiva Luso-Brasileira*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 10), a partir da terceira década do século XX, o Estado adota uma posição diferente relativamente à economia, que se deveu em grande parte à crise económica geral do sistema capitalista, de 1929 a 1932, que, “com o seu cotejo de desemprego, inflação e estagnação económica”, pôs em causa o “dogma do equilíbrio económico autossustentado característico do pensamento liberal”, e à “economia de guerra”, que exigiu “uma mobilização dos recursos empresariais nacionais comandada pelo Estado e o aparecimento na cena parlamentar de partidos representantes dos interesses laborais e sociais, apóstolos da chamada questão laboral, que exigiam agora do Estado um contributo claro para a resolução de um conjunto de problemas de natureza económica e social”.

<sup>120</sup> Rogério SOARES (*cit.*, p. 176) designa esta Administração intervencionista como uma Administração constitutiva ou conformadora: o Estado “animado de uma ideia de justiça social” transforma-se numa “máquina dispensadora de bem-estar”.

<sup>121</sup> Como explica Pedro Costa GONÇALVES (*Direito Administrativo da Regulação*, in *Estudo em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, vol. II, 2006, p. 535), nas duas últi-

da ineficiência demonstrada na “*gestão da res publica, ao ser responsável por grandes défices e subsequente oneração fiscal dos contribuintes*”<sup>122</sup>, o Estado deixa de ter o encargo de prestar serviços essenciais, passando a assumir o dever de disciplinar ou de regular o modo como os agentes no mercado prestam esses mesmos serviços<sup>123</sup>. Como explica Pedro Costa Gonçalves, dá-se uma “*diversificação dos graus das responsabilidades públicas*”: para além dos dois pólos extremados da mera *responsabilidade de base*, em que o Estado Liberal se limita a proteger as “*condições de contexto*”, e da *responsabilidade operacional, de execução*, em que o Estado Social se expande e assume uma intervenção económica direta na produção de bens e na prestação de serviços, surgem “*degraus intermédios, em que o Estado, sem se ver convocado para intervir como empresário e operador económico, também não se remete para uma posição de mero protetor do contexto*”<sup>124</sup>.

Ainda que se dê uma passagem dos serviços públicos para as mãos de privados, que se reduza o peso do Estado e que se privilegie o primado da liberdade de empresa e do mercado, o que é certo é que o “*Estado-Regulador dos nossos dias não se confunde com o Estado Liberal do séc. XIX, assente nas ideias do laissez-faire, laissez-passar e do abstencionismo público*”<sup>125</sup>. Nos tempos hodiernos, entende-se que “*a ‘mão invisível’ do mercado carece da ‘mão invisível’ da Regulação*

mas décadas do séc. XX, sob uma onda liberal, de reação contra o *overload* do Estado Social Administrativo, iniciou-se um movimento de “*inversão de rota*”, no sentido de uma “*contração quantitativa*” da intervenção pública: exigia-se uma reordenação do sistema de distribuição de papéis entre o Estado e a Sociedade, com um maior peso atribuído ao espaço privado, à sociedade e ao mercado.

<sup>122</sup> SILVA, João Nuno Calvão da, *O Estado regulador...*, p. 175.

<sup>123</sup> Neste sentido, GONÇALVES, Pedro Costa e MARTINS, Licínio Lopes, *cit.*, p. 180 e ss. Ainda que não tenha substituído o Estado Social e de Serviço Público, que cresceu ao longo do séc. XIX, o que é certo é que o Estado Regulador veio ocupar “*algumas das áreas correspondentes a antigos serviços públicos económicos*”: houve um efetivo recuo do Estado mas apenas no domínio do fornecimento de serviços públicos económicos, ou seja, ao nível das atividades de caráter económico e lucrativo. Neste sentido também, GONÇALVES, Pedro Costa, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 30.

<sup>124</sup> *Direito Administrativo da Regulação...*, p. 536.

<sup>125</sup> SILVA, João Nuno Calvão da, *O Estado regulador...*, p. 176. A verdade é que o Estado liberal oitocentista praticamente se limitava a estabelecer e garantir o respeito dos quadros institucionais da atividade económica, reduzindo-se a atividade reguladora “às tarefas gerais da polícia administrativa, velando pela segurança e pela salubridade das instalações” (MOREIRA, Vital, *A Auto-Regulação Profissional*, Coimbra: Almedina, 1997, p. 23).

*Pública*”<sup>126</sup>, ou seja, a lógica da concorrência deve ser pautada pela intervenção do Estado que controle e garanta a própria iniciativa privada. O Estado assume, assim, uma *responsabilidade pública de garantia*.

O direito privado deixa, portanto, de ser apenas funcional relativamente à atividade administrativa pública e passa a ser ele mesmo capaz de diretamente honrar os fins da Administração Pública. Assiste-se a um crescente recurso a formas jurídico-privadas de organização e atuação administrativas e a uma progressiva desintervenção estatal: para além da tradicional dicotomia entre atividades públicas (reservadas e exercidas pela Administração) e atividades privadas (exercidas pelos particulares), passa a existir a possibilidade de intervenção dos particulares no sector das atividades públicas nos casos em que a lei confere à Administração o poder de delegar ou conceder o respetivo exercício<sup>127</sup>. Assim, a crescente liberalização da economia portuguesa teve como consequência a necessidade de desenvolver novos moldes de governação e controle de serviços e bens considerados de interesse geral das populações. A entrada de agentes externos, privados, nestes setores de atividade, introduziu um novo conceito: o de regulação<sup>128</sup>.

Nas duas últimas décadas tem havido, portanto, uma tendência geral em muitos países para instituir mecanismos de regulação, que, seguindo a tradição norte-americana com mais de um século, consistem em entregar as tarefas regulatórias a entidades públicas independentes dos Governos, distintas da administração direta do Estado, designadas autoridades reguladoras independentes. Estas entidades caracterizam-se, designadamente, pela estabilidade do mandato dos reguladores, que não podem ser destituídos antes do seu termo salvo por falta grave, pela autonomia no exercício das funções reguladoras – não estando sujeitos a ordens e instruções ou diretrizes e orientações dos Governos – pela natureza definitiva das suas decisões – que só podem ser impugnadas junto dos tribunais, não podendo ser revistas pelos Governos – e, ainda, pela substancial autonomia na gestão administrativa, de recursos humanos e orçamental<sup>129</sup>.

<sup>126</sup> MOREIRA, Vital, *A Mão Visível – Mercado e Regulação*, Coimbra: Almedina, 2003.

<sup>127</sup> Neste sentido, cf. GONÇALVES, Pedro Costa, *Controlo público prévio...*, p. 86.

<sup>128</sup> LIMA, Sónia Chin Ah, *Os sistemas de abastecimento de água e saneamento em Portugal: Reflexões sobre a sua reestruturação*, in *Tecnologias do Ambiente*, n.º 93, 2010, p. 18.

<sup>129</sup> Vide, a este propósito, BAPTISTA, Jaime Melo, *Uma Abordagem Regulatória...*, p. 23.

## 2.2. A Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos

Como resulta do exposto, a regulação, tida como o “*controlo focado e sustentado exercido por uma autoridade pública de atividades valorizadas pela comunidade*”, na definição dada por Philip Selznick<sup>130</sup>, baseia-se na interferência de uma terceira parte com poderes de supervisão e controlo – o regulador – no mercado de transações e nas relações inter-organizacionais que se estabelecem.

A criação de um organismo regulador para os setores dos serviços de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos encontra precisamente raízes na necessidade de “*existir uma entidade orientadora e reguladora com atribuições ampliadas, capaz de zelar pela promoção da qualidade na conceção, execução, gestão e exploração dos sistemas, visando defender os direitos dos consumidores e a promoção da sustentabilidade económica*”<sup>131</sup>. Perante a crescente complexidade dos problemas suscitados pelos segmentos de atividade económica em causa e pela sua especial relevância para as populações, era premente a criação de uma nova entidade administrativa independente<sup>132</sup>, com reconhecida e acentuada autonomia face ao poder executivo, e com um estatuto e meios suficientes para defender o “*interesse geral e os interesses dos utilizadores dos serviços regulados, com salvaguarda da viabilidade económica das entidades gestoras e dos seus legítimos interesses*”<sup>133</sup>.

Na verdade, as opções pela empresarialização, pelas concessões e pela abertura parcial a privados, vieram acompanhadas de um novo modelo de regulação pública do setor. Criou-se em 1955 a Comissão de Acompanhamento das Concessões (dos sistemas multimunicipais), com poderes delegados pelo

<sup>130</sup> *Focusing organisational research on regulation*, in *Regulatory policy and the social sciences*, Berkeley: University of California Press, 1985, p. 363–368.

<sup>131</sup> Exposição de Motivos da Presidência do Conselho de Ministros, da Proposta de Lei n.º 125/XII, p. 1.

<sup>132</sup> Como vimos, a ERSAR resultou da transformação do instituto público ERSAR, I.P., que se regia pelos estatutos definidos no DL n.º 277/2009, de 2 de outubro. Este instituto público teve, por sua vez, origem na red denominação dos Instituto Regulador de Águas e Resíduos (IRAR), criado no quadro definido pelo DL n.º 230/97, de 30 de agosto, e que se regia pelos estatutos publicados no DL n.º 362/98, de 18 de novembro, em sucessão do observatório nacional dos sistemas multimunicipais e municipais de água para consumo público, de águas residuais urbanas e resíduos sólidos urbanos.

<sup>133</sup> Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 125/XII, p. 4.

concedente, à qual competia a emissão de pareceres sobre os planos de investimento das empresas concessionárias dos sistemas multimunicipais e os sistemas tarifários por estas propostos. Em 1995, surge igualmente o Observatório Nacional dos Sistemas Multimunicipais e Municipais – que nunca chegou a ser instalado – e em 1998 cria-se o Instituto Regulador da Água e Resíduos (IRAR), que exercia os seus poderes sobre os sistemas multimunicipais e municipais concessionados<sup>134</sup>. Em 2009 o IRAR transforma-se em ERSAR, que passa a ter um campo de atuação e poderes alargados.

Contudo, até à publicação da Lei n.º 10/2014, de 6 de março – que veio aprovar os estatutos da Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos –, a ERSAR manteve a natureza de instituto público de regime comum, regendo-se pelo regime jurídico dos institutos públicos e sujeito à superintendência e tutela administrativas e aos poderes de orientação do Governo. Com a publicação daquele diploma, o seu estatuto jurídico altera-se e passa a entidade administrativa independente (art. 1.º, n.º 1, da Lei n.º 10/2014), exigência de resto imposta pelo n.º 1 do art. 3.º da lei-quadro das entidades reguladoras. A Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos, I.P. (ERSAR, I. P.) transforma-se, deste modo, em Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (ERSAR), num claro reforço das garantias de independência da entidade face ao poderes executivos.

Nestes termos, atualmente é a ERSAR que tem a sua cargo a regulação estrutural e comportamental do setor, que inclui a regulação económica, de qualidade do serviço, de qualidade da água para consumo humano e a monitorização legal e contratual ao longo do ciclo de vida, como veremos em pormenor no ponto seguinte.

A ERSAR é, assim, uma entidade administrativa independente com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo, nos termos da Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, cujos estatutos se encontram cristalizados na Lei n.º 10/2014, de 6 de março. Este diploma procedeu à alteração do estatuto jurídico da ERSAR, revogando o DL n.º 277/2009, de 2 de outubro, e cumprindo as exigências de adaptação à nova lei-quadro das entidades reguladoras.

<sup>134</sup> Não obstante, as funções de autoridade competente para o controlo da qualidade da água para consumo humano do IRAR eram exercidas sobre todas as entidades gestoras.

Os novos estatutos desta entidade vieram, por um lado, fazer face às exigências de um aprofundamento do modelo regulatório, que exigia uma reavaliação da natureza administrativa no universo das entidades reguladas e a correspondente independência orgânica e funcional do regulador, e, por outro, surgem no âmbito de um processo de reorganização estrutural do setor das águas e resíduos, com os objetivos de resolução dos problemas ambientais identificados de primeira geração e de incremento da sustentabilidade económico-financeira.

Para além do regime de independência da ERSAR previstos nestes novos estatutos, é de salientar a promoção do aumento de eficiência e de eficácia dos serviços de águas de saneamento, de águas residuais urbanas e de gestão dos resíduos urbanos, estando asseguradas as condições que permitem a *“obtenção do equilíbrio económico e financeiro por parte das entidades dos setores regulados exercidos em regime de serviço público”*<sup>135</sup>. Saem reforçados os poderes regulatórios e de autoridade da ERSAR, já que se aplicam a todos os operados dos setores de águas e de resíduos, independentemente da sua titularidade ou da sua natureza jurídica<sup>136</sup>.

### 3. A Regulação Económica no Setor da Água

#### 3.1. Regulação Comportamental das Entidades Gestoras

Como já em 1935 Zanobini escrevia, *“O exercício privado de serviços públicos por meio de concessionários apresenta (...) uma característica que o distingue de qualquer outra forma de exercício privado. Tal característica consiste na importância decisiva que assume nesta forma de exercício o elemento capitalista. Ao passo que as outras for-*

<sup>135</sup> Comentário do CNADS sobre a Proposta de Lei 125/XII-GOV, que *Aprova os Estatutos da Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos*, p. 2. Ainda assim, o CNADS considera que seria conveniente incluir *“a promoção da objetividade e da transparência nas relações com os consumidores e o estímulo à melhoria das condições técnicas dos setores regulados, condição necessária à sua viabilidade económica e ao seu adequado desempenho ambiental”*.

<sup>136</sup> Conforme se pode ler da Proposta de Lei n.º 125/XII, as funções da ERSAR enquanto regulador setorial têm sido continuamente ampliadas, já que originalmente se limitavam às concessões multimunicipais e municipais dos serviços de abastecimento de águas residuais e de gestão de resíduos urbanos.

*mas de exercício privado se baseiam nas qualidades pessoais do privado, na sua capacidade, nas suas especiais atribuições (...), na concessão a atribuição baseia-se sempre em considerações de ordem económica, quase sem tomar em consideração a pessoa do concessionário*<sup>137</sup>.

Com efeito, pelas características dos mercados de serviços públicos, as exigências de regulação económica têm vindo a aumentar. A dimensão económica é cada vez mais patente e relevante aquando da atribuição de uma concessão, quer em virtude da forte conexão entre as PPP enquanto método de contratação (onde a concessão desempenha um papel fundamental) e o *Project Finance*<sup>138</sup> enquanto técnica de financiamento, quer pelo facto de parte considerável dos autores justificar as PPP com os constrangimentos económico-financeiros dos Estados<sup>139-140</sup>.

<sup>137</sup> Cf. ZANOBINI, Guido, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Trattato Orlando*, vol. II, Milano, 1935, *apud* GONÇALVES, Pedro Costa, *A Concessão...*, p. 234.

<sup>138</sup> Como escreve Gabriela Figueiredo DIAS (*Project Finance: Primeiras Notas*, in *Miscelâneas* n.º 3, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Coimbra: Almedina, 2004, p. 115 e 116), o *Project Finance* constitui uma modalidade de engenharia ou colaboração financeira, contratualmente sustentada e garantida pelo fluxo de caixa gerado pelo projeto empresarial financiado. Esta é uma técnica de captação de recursos financeiros destinados ao suporte e ao desenvolvimento de um projeto economicamente autonomizável, cujos ativos pertencem a uma empresa criada com o propósito específico de implementar um projeto. Como explica a autora, estes projetos pressupõem uma estrutura jurídica “*muitíssimo complexa*”, que envolve uma vasta gama de negociações, acordos e contratos, de onde deve resultar uma efetiva partilha de riscos: o caráter inovador do *Project Finance* reside nas particulares garantias oferecidas aos financiadores do projeto e na possibilidade conferida aos sujeitos envolvidos na operação de assumirem diferentes combinações de risco, de responsabilidade e de retorno. Os poderes públicos têm vindo a recorrer ao *Project Finance* no âmbito da concessão de serviços e equipamentos públicos à iniciativa privada e da captação de capitais privados, podendo aqui identificar-se uma sub-modalidade de *Project Finance*, a *Private Finance Initiative* (PFI), que se encontra associado às PPP. O PFI constitui, portanto, um modelo de concessão a privados de serviços e infraestruturas públicas, por parte do governo e da administração pública local, assumindo os privados a responsabilidade pela conceção/design, construção, financiamento e exploração/gestão de uma infraestrutura ou de um serviço. Para mais desenvolvimentos, cf. FERREIRA, Bruno, *Mecanismos de garantia em Project Finance*, in *O Direito*, n.º 4, 2009, p. 106, n.r. n.º 3.

<sup>139</sup> CAMPOS, Diogo Duarte de, *A Escolha do Parceiro Privado nas Parcerias Público-Privadas: a Adjudicação In House em Particular*, série PLMJ, n.º 1, Coimbra: Coimbra editora, 2010, p. 61.

<sup>140</sup> Conforme escreve Fernanda MACÃS (*A Concessão de Serviço Público e o Código...*, p. 374), um fator comumente apontado como propiciador do reaparecimento da figura das concessões são os constrangimentos derivados das restrições orçamentais. Com efeito, “*num tempo em que os*

Ora, a necessidade de regulação económica impõe-se ao nível das chamadas *utilities* ou indústrias de rede na medida em que se exige uma intervenção pública que tenha impacto não só na estrutura da indústria regulada, como na definição e controlo do comportamento dos agentes económicos ao nível da definição de preços, de investimento no setor e, ainda, na manutenção da qualidade e universalidade do serviço prestado<sup>141</sup>. Cabe ainda à entidade reguladora, no exercício dos seus poderes de regulação económica, delimitar o âmbito de acesso permitido a outros agentes económicos, nomeadamente concorrentes de mercado<sup>142</sup>.

No que concretamente diz respeito ao setor da água e resíduos, esta componente do modelo regulatório deve ter como objetivo “*assegurar a aplicação de tarifários adequados aos serviços de águas e resíduos, num quadro de eficiência económica e financeira das entidades gestoras, promovendo ao mesmo tempo a sustentabilidade económica e financeira da entidade gestora quer a adequação dos preços à capacidade de*

*Estados se debatem com a necessidade de redução das despesas públicas, mas simultaneamente precisam desenvolver infraestruturas, a concessão reaparece como meio privilegiado, permitindo financiar ambiciosos programas destinados a manter o desenvolvimento económico, sem sobrecarregar os orçamentos públicos”.*

<sup>141</sup> Cumpre, desde já, esclarecer que falamos na chamada “*economic regulation*”, que não se confunde com o direito da concorrência (*antitrust*). Com efeito, e ainda que a regulação possa ter por objetivo propiciar situações de relativa igualdade material que permitam a aplicação das normas de defesa da concorrência (neste sentido, cf. HELM, Dieter e JENKINSON, Tim, *Competition in regulated industries*, Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 1-22), o que é certo é que no direito da concorrência relevam sobretudo as condutas dos agentes e não o seu enquadramento estrutural de atuação. Não trataremos, portanto, das garantias dos princípios da liberdade de iniciativa económica e da igualdade de oportunidades entre os diferentes operadores económicos que enformam o direito da concorrência (*vide*, a este propósito, LOBO, Carlos Baptista, *Sectores em rede: regulação para a concorrência, enquadramento jurídico-económico das redes físicas (telecomunicações, energia e transportes) e das redes virtuais*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 154). Será feita, sim, uma análise da regulação económica enquanto “*desenvolvimento de processos jurídicos de intervenção indireta na atividade económica produtiva (...) incorporando algum tipo de condicionamento ou coordenação daquela atividade e das condições do seu exercício, visando garantir o funcionamento equilibrado da mesma atividade em função de determinados objetivos públicos*”, noção proposta por Eduardo Paz FERREIRA e Luís Silva MORAIS (*A Regulação Setorial da Economia – Introdução e Perspectiva Geral*, in *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 22).

<sup>142</sup> Adotamos a noção de regulação económica formulada por Christopher DECKER (*cit.*, p. 3). Segundo o autor, e ainda que se possa distinguir a regulação económica da regulação social, as duas encontram-se intimamente relacionadas: desde logo ao nível do serviço público de água, não é possível falar de regulação económica sem considerar políticas ambientais e questões de saúde e segurança pública.

*pagamento dos utilizadores*”<sup>143</sup>. Sabendo que a regulação surge como um instrumento para promover o acesso a serviços de águas, prestados em regime de monopólio natural ou legal, com qualidade adequada e a preços socialmente comportáveis, a regulação económica procura essencialmente a melhoria do comportamento e da eficiência económica e financeira das entidades gestoras, em termos de tarifários e sustentabilidade económica e financeira, através da realização de um ciclo anual (ou plurianual) de regulação económica para todas as entidades gestoras, promovendo a regulação de preços<sup>144</sup>.

A regulação económica surge, portanto, no âmbito de uma regulação dos comportamentos das entidades gestoras, em relação quer a aspetos económicos quer a aspetos de qualidade de serviço. Neste modelo, a regulação económica tem por objetivo influenciar os preços e avaliar os investimentos das entidades gestoras, evitando abusos de posição dominante por parte das entidades monopolistas, quer em termos dos preços praticados quer em relação aos níveis de qualidade dos serviços prestados, sem, entanto, inviabilizar económica e financeiramente a atividade dos operadores<sup>145</sup>.

### 3.2. Regulação Económica e Política Tarifária

Ora, dispõe o art. 11.º-A do DL n.º 194/2009, de 20 de agosto (alterado pela Lei n.º 12/2014, de 6 de março) – cuja epígrafe é *regulação económica* –, que “a *definição das tarifas dos serviços municipais obedece às regras definidas nos regulamentos tarifários aprovados pela entidade reguladora para os serviços em alta e para os serviços*

<sup>143</sup> BAPTISTA, Jaime Melo, *Uma Abordagem Regulatória...*, p. 149.

<sup>144</sup> Cf. BAPTISTA, Jaime Melo, *A Regulação e os Tarifários dos Serviços de Águas*, p. 135.

<sup>145</sup> Neste sentido, cf. MARTINS, Maria Rita Vieira, *Regulação Económica no Sector das Águas: Promoção da Concorrência e Sustentabilidade Tarifária*, Tese de Doutoramento em Economia, 2007, p. 197. A regulação comportamental surge paralelamente com a regulação estrutural que, como a autora explica, “*consiste na definição de regras gerais de funcionamento do setor*”. Neste domínio cabem “*questões de otimização quanto aos níveis de (des)agregação geográfica e por tipo de serviços, e de (des)agregação vertical das EG*”: na sua vertente horizontal, o objetivo da regulação estrutural é conciliar o nível adequado de agregação das entidades gestoras com a eventual obtenção de economias de escala, criando condições de concorrência; já na vertente vertical, a regulação estrutural procura que seja alcançada uma ajustada agregação ou separação das atividades desenvolvidas ao longo das etapas do processo produtivo, quer do abastecimento de água, quer do saneamento de águas residuais, de que é exemplo a divisão em “*alta*” e “*baixa*”.

aos utilizadores finais, sendo sujeitas a atualizações anuais que entram em vigor a 1 de janeiro de cada ano”, e que à ERSAR compete emitir “*parecer sobre as atualizações tarifárias dos serviços geridos por contrato, com vista à monitorização do seu cumprimento, podendo emitir instruções vinculativas em caso de incumprimento, nos termos previstos no regulamento tarifário*”. Nos termos do n.º 3 deste art. 11.º-A, e para efeitos de fiscalização das normas relativas ao cálculo e formação de tarifas, as entidades gestoras devem remeter à entidade reguladora os tarifários dos serviços, acompanhados da deliberação que os aprovou e da respetiva fundamentação económico-financeira nos moldes definidos pelos regulamentos tarifários, no prazo de 15 dias após a sua aprovação.

Também nos termos dos novos estatutos da ERSAR, consagrados na Lei n.º 10/2014, de 6 de março, são atribuições da ERSAR de regulação comportamental em matéria económica: “a) *Fixar as tarifas para os sistemas de titularidade estatal, assim como supervisionar outros aspetos económico-financeiros das entidades gestoras dos sistemas de titularidade estatal, nomeadamente emitindo pareceres, propostas e recomendações, nos termos definidos na legislação e na regulamentação aplicáveis*; b) *Regulamentar, avaliar e auditar a fixação e aplicação de tarifas nos sistemas de titularidade municipal, qualquer que seja o modelo de gestão, nos termos definidos na legislação e na regulamentação aplicáveis*; c) *Emitir recomendações sobre a conformidade dos tarifários dos sistemas municipais com o estabelecido no regulamento tarifário e demais legislação aplicável, bem como fiscalizar e sancionar o seu incumprimento*; d) *Emitir, nas situações e termos previstos na lei, instruções vinculativas quanto às tarifas a praticar pelos sistemas de titularidade municipal que não se conformem com as disposições legais e regulamentares em vigor*; e, ainda, e) *Garantir a faturação detalhada pelas entidades prestadoras dos serviços, num quadro de identificação decomposta das várias parcelas que compõe o valor final da fatura, visando a desagregação, perante o utilizador final, das diferentes componentes dos custos respeitantes às atividades de águas, saneamento, gestão de resíduos e outros*” (art. 5.º, n.º 3)<sup>146</sup>.

Cabe, assim, à ERSAR promover a prática de preços que, num ambiente de eficiência e eficácia na prestação do serviço, salvaguardem a acessibilidade

<sup>146</sup> O DL n.º 92/2013, de 11 de julho, que define o regime de exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, de recolha, tratamento e rejeição de efluentes e de recolha e tratamento de resíduos sólidos, prevê de modo expresso no seu art. 8.º, al. b), que “o decreto-lei que estabelece a concessão deve prever obrigatoriamente (...) b) a aprovação das tarifas a cobrar pela entidade legalmente competente”.

económica por parte dos utilizadores desses serviços e simultaneamente permitam a viabilidade económica e financeira das entidades gestoras. No prosseguimento das suas atribuições, “a ERSAR procede à supervisão e avaliação das tarifas praticadas e da situação económico-financeira das entidades gestoras através, nomeadamente, da emissão de pareceres, propostas e recomendações”<sup>147</sup>.

Nestes moldes, ao nível do serviço de águas, o modelo de regulação adotado passa não apenas pela regulação estrutural do setor mas também pela regulação comportamental das entidades gestoras que prestam estes serviços públicos essenciais e pelo desenvolvimento de atividades regulatórias complementares.

É de notar, contudo, que os modelos de regulação económica são distintos consoante se trate de sistemas multimunicipais ou de sistemas municipais.

Com efeito, ao nível dos sistemas multimunicipais, considerando o processo de aprovação dos orçamentos anuais e respetivas tarifas relativo a 2012, a decisão final relativa à fixação das tarifas compete ao concedente, através do ministro que tutela a pasta do Ambiente, mediante parecer prévio da ERSAR. Já se for um sistema municipal, a fixação das tarifas é da competência dos próprios municípios, ainda que tenham que seguir obrigatoriamente o novo regulamento tarifário: a ERSAR passa a auditar o cumprimento do regulamento, podendo vir a emitir instruções vinculativas para a correção dos tarifários, caso a sua recomendação não tenha sido respeitada.

A ERSAR pretende, portanto, responder às preocupações nacionais e municipais de sustentabilidade e acessibilidade económica dos serviços de águas e resíduos através da prática de preços eficientes<sup>148</sup>.

<sup>147</sup> RASARP 2013, *Caracterização Económica e Financeira dos Serviços*, vol. II, 2014, p. 17.

<sup>148</sup> É normal que a entidade reguladora faça algum tipo de controlo de preços, que pode ser feito de duas formas distintas. A solução mais simples consiste em impor um regime de “método do preço de custo acrescido” (*cost-plus pricing*), também designada “*rate-of-return regulation*”. Neste regime, o regulador fixa preços para aquela indústria de maneira a que esse preço cubra o custo de produção do serviço e inclua ainda uma taxa de retorno de capital capaz de manter os investidores interessados em substituir ou expandir os ativos daquela empresa. Contudo, este método está sujeito a duas críticas: desde logo, a empresa não terá qualquer tipo de incentivo a operar de modo eficiente, já que está consciente de que vai conseguir recuperar um eventual aumento de custos, com o subsequente aumento do preço do serviço; e, por outro lado, a empresa poderá ser incentivada a um sobre investimento em bens de capital, ou seja, a inflacionar o custo dos ativos ou então a fazer despesas desnecessárias e extravagantes em equipamentos, já que quanto mais investirem, maiores serão os lucros de retorno. Uma solução mais equilibrada é a do preço máximo (“*price capping*”), ainda que não por tempo in-

## Capítulo II: O Contrato de Concessão e a Regulação por Agência

### 1. Regulação por Contrato e Intervenção de um Entidade Terceira

Chegados a este ponto, cumpre analisar de que modo a entidade reguladora dos serviços de águas e resíduos atua ao nível das concessões municipais no serviço de abastecimento de água.

A relação que se estabelece aquando da celebração de um contrato de concessão de serviço de água envolve três partes: a entidade titular, que será o município, a entidade gestora e a entidade reguladora do serviço, ou seja, a ERSAR. Estas três entidades têm intervenção ao nível da atribuição e execução do contrato de concessão de serviço de abastecimento de água, sendo exigido no nosso ordenamento jurídico a abertura de um concurso público, nos termos gerais do CCP, e o cumprimento das regras especiais do DL n.º 194/2009, de 20 de agosto, que estabelece o regime jurídico dos serviços municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos urbanos, com as últimas alterações introduzidas pela Lei n.º 12/2014, de 6 de março<sup>149</sup>,<sup>150</sup>.

definido. A autoridade reguladora fixa os preços dos produtos para um determinado período de tempo (normalmente 3 a 5 anos), permitindo à empresa beneficiar de alguma poupança ao nível dos custos de produção que conseguisse fazer nesse período, sendo, no entanto, o preço recalculado em intervalos de tempo regulares de modo colocar novamente os preços em consonância com os custos subjacentes. A grande diferença em relação à “*rate-of-return regulation*” é que enquanto nesta o regulador permite que a empresa recupere todos os custos históricos que teve, naquela o regulador faz uma projeção para o futuro dos custos de produção daquela empresa e fixa preços gerais que permitem cobrir esses custos expectáveis. Se a empresa regulada for capaz de aumentar a sua eficiência e reduzir os custos para além daquilo que era esperado, os seus lucros aumentarão; se for menos eficiente que o esperado, as receitas diminuirão. A racionalidade subjacente ao “*price capping*” é, pois, de incentivo à redução de custos. Para mais desenvolvimentos sobre o tema, *vide* BALDWIN, Robert, CAVE, Martin, e LODGE, Martin, *Understanding Regulation: theory, strategy and practice*, 2ª ed., Oxford University Press, 2012, p. 476-491. Também sobre a regulação de preços, *vide* CONFRARIA, João, *Regulação e concorrência: desafios do século XXI*, 2ª ed., Lisboa: Universidade Católica, 2011, p. 97 e ss, e BREYER, Stephen, *cit.*, p. 36 e ss e 60 e ss.

<sup>149</sup> Como estipula o art. 31.º do DL n.º 194/2009, “a atribuição e a execução da concessão de serviços descritos no art. 2.º rege-se pelo disposto no presente decreto-lei e, subsidiariamente, no Código dos Contratos Públicos”.

Os contratos de concessão de serviços municipais de abastecimento de água regem-se, portanto, pelas regras do contrato propriamente dito e pelas imposições estabelecidas pelas entidade reguladora. Como explica António Leitão Amaro a propósito do modelo francês ou de contratualização da gestão, aqui “*a regulação é tipicamente feita pelo contrato com a entidade gestora, embora os países aderentes a este modelo estejam cada vez mais a criar agências reguladoras independentes*”<sup>151</sup>.

No setor da água, o que se verifica é a efetiva existência de uma regulação por agência, em que as empresas titulares das atividades se submetem ao controlo da ERSAR, e ainda uma regulação por contrato, já que são celebrados contratos de concessão com os municípios ou com o Estado. Vejamos estas duas modalidades, começando pela regulação por contrato.

### 1.1. Regulação por Contrato *Lato Sensu* e *Stricto Sensu*

Como é sabido, o contrato impõe-se como um mecanismo ou fonte de regulação no domínio jurídico. Mais do que um *processo*, em que as obrigações assumidas pelas partes se tornam juridicamente vinculantes, o contrato assume-se como um *regulamento*, já que traduz o conjunto dos direitos e das obrigações que as partes reciprocamente assumem e que “*consustanciam a operação económica pretendida, que resultam do conjunto das cláusulas nas quais se articula o texto do contrato*”<sup>152</sup>. A opção pela celebração de contratos administrativos substitutivos da emanção de atos administrativos flexibiliza a legalidade das formas de exercício da atividade administrativa, habilitando a abdicação do exercício unilateral da competência decisória da Administração Pública<sup>153</sup>.

<sup>150</sup> No âmbito do CCP encontramos as regras relativas à formação do contrato (tipos de procedimento e tramitação), à sua modificação, aos direitos de *step in* e *step out*, bem como relativas ao incumprimento e extinção da concessão. Por outro lado, o conteúdo das peças do procedimento e do contrato, os poderes do concedente, os deveres do concessionário, as regras da partilha de riscos, os limites à revisão do contrato, o modo de intervenção da ERSAR, entre outros aspetos, devem obedecer ao disposto nos arts. 31.º a 58.º do DL n.º 194/2009, de 20 de agosto.

<sup>151</sup> *Cit.*, p. 45.

<sup>152</sup> ROPPO, Enzo, *O Contrato*, Coimbra: Almedina, 1988, p. 125-126.

<sup>153</sup> OTERO, Paulo, *Legalidade e Administração Pública: o Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 836-837.

Ora, o modelo de *regulação por contrato* tem precisamente por base uma relação que se estabelece entre o titular do serviço e o operador regulado: na concessão de Pedro Costa Gonçalves, esta é a regulação que tem por suporte um contrato celebrado entre uma autoridade pública com funções de regulação e uma (ou eventualmente mais que uma) empresa regulada. A regulação administrativa por contrato traduz, portanto, o processo jurídico de formulação e/ou implementação de normas regulatórias através de um contrato celebrado entre a autoridade pública responsável por organizar a regulação de um mercado e uma ou várias empresas que nele exercem uma atividade económica<sup>154</sup>.

Assim, e de acordo com esta formulação, a *regulação por contrato* abrange não só a relação que se estabelece entre concedente e concessionário mediante o contrato de concessão, em que a autoridade responsável por organizar o serviço é o município, como também os contratos que se celebram entre a entidade reguladora e entidade concessionária/regulada; tanto num caso como noutro a intervenção regulatória tem por base um *contrato real*.

O contrato de concessão, enquanto *contrato regulatório*, visa, assim, regular a conduta da empresa privada concessionária no exercício de uma atividade pública, assumindo-se como um *contrato sobre o exercício do poder público*<sup>155</sup>.

No entanto, e ainda que se reconheçam as vantagens deste entendimento, sobretudo pela fácil distinção entre regulação por contrato e regulação por agência, parece-nos adequado proceder a uma nova construção, que distinga a regulação por contrato em sentido amplo, da regulação por contrato em sentido estrito ou *contrato regulatório* propriamente dito.

Do nosso ponto de vista, a noção de regulação por contrato *lato sensu* inclui a regulação que se baseia no contrato de concessão, celebrado entre concedente e concessionário, com intervenção da entidade reguladora, e ainda o *contrato regulatório*, celebrado entre regulador e regulado. Já considerada em sentido estrito, a regulação por contrato coincidirá com o *contrato regulató-*

<sup>154</sup> Cf. GONÇALVES, Pedro Costa, *Regulação Administrativa...*, p. 1012.

<sup>155</sup> *Ibidem*, p. 1022. Por serem contratos sobre o exercício de poderes públicos, são de aplicar as regras dos arts. 336.º e 337.º do CCP, ou seja, a sua força jurídica e a possibilidade de fundarem uma tutela jurídica primária em benefício da empresa regulada depende do que se prescreve nessas disposições legais bem como dos princípios gerais que se devam aplicar aos contratos daquela categoria.

rio, contrato celebrado entre entidade reguladora e entidade regulada, com intervenção da autoridade pública responsável pelo serviço público em causa.

Nos termos desta nossa construção, o *contrato regulatório* distancia-se quer do *contrato de concessão* que é celebrado entre concedente e concessionário (e que ainda que possa ter a intervenção da entidade reguladora, não é, enquanto sujeito principal da relação, titular de direitos e obrigações), quer da tradicionalmente chamada *regulação por contrato* (em sentido amplo), enquanto mecanismo de regulação baseado num contrato pré-existente, que atribui poderes interventivos à entidade reguladora<sup>156</sup>.

## 1.2. Regulação por Agência

É de notar, contudo, que a possibilidade de existir uma regulação por contrato não preclui a existência de *regulação por agência*.

Com efeito, e considerando que ao nível da regulação por agência o que se verifica é um modelo institucional de hetero-regulação pública que confia a tarefa de regulação a uma autoridade reguladora especialmente instituída para regular um determinado mercado<sup>157</sup>, facilmente se compreende que a regulação por contrato, nomeadamente quando em causa estejam contratos de concessão, surge como um complemento à regulação por agência, como um instrumento ou mecanismo jurídico ou como uma estratégia de implementação pública administrativa<sup>158</sup>.

O *contrato regulatório* e a regulação por contrato não têm de excluir, portanto, a regulação por agência: a regulação por contrato, enquanto estratégia

<sup>156</sup> Entre nós, torna-se mais difícil fazer uma compreensão dogmática destes *contratos regulatórios* porque têm de ser compreendidos em paralelo com os contratos de concessão (que pressupõem uma regulação por contrato). Em países com a Inglaterra ou o País de Gales, em que se deu uma privatização dos serviços de águas e resíduos, a noção de *contrato regulatório* deve ser considerada de uma diferente perspetiva: existe uma entidade reguladora que supervisiona a prestação direta dos serviços ao público por parte de um operador privado. Estes operadores privados entram no mercado mediante contrato com os consumidores mas cabe à autoridade reguladora controlar os termos desses contratos no que toca ao preço e à qualidade do serviço. Cf., a este propósito, COLLINS, Hugh, *Regulating Contracts...*, p. 306.

<sup>157</sup> Seguimos a noção de Pedro Costa GONÇALVES (*Regulação Administrativa...*, cit., p. 1008, n.r. n.º 87).

<sup>158</sup> *Ibidem*, p. 987.

regulatória e não apenas enquanto técnica regulatória, pode, de facto, conviver com a regulação por agência.

A regulação por agência não deve, contudo, ser compreendida como um fenómeno análogo ou idêntico ao que decorre de relações contratuais. É certo que, pelo menos na aparência, deteta-se alguma analogia ou proximidade entre o processo de regulação por agência de um determinado mercado e a ideia de contrato; contudo, o entendimento contratual da regulação por agência não convence. Repetindo a argumentação invocada por Pedro Costa Gonçalves, nesta situação a *“inexistência de um contrato não surge como o fruto de um acaso, mas sim como consequência de uma estratégia regulatória, politicamente definida, que não optou pela via contratual”*<sup>159</sup>.

Vejam, de seguida, de que modo a regulação por contrato e a regulação por agência devem ser compreendidas ao nível da política tarifária no setor da água.

## 2. Poder Regulamentar da ERSAR e Intervenção ao Nível Tarifário

*“(...) The key resource of government is the power to coerce. Regulation is the use of this power for the purpose of restricting the decisions of economic agents”*<sup>160</sup>.

Resulta do exposto que, no domínio do serviço municipal concessionado de abastecimento de água, é possível a coexistência de uma regulação por contrato e uma regulação por agência. Ao nível das parcerias entre municípios e privados, o setor é regulado por contrato, que será de concessão, e por agência reguladora – a ERSAR. Atentas as especificidades do contrato de concessão, torna-se, então, necessário compreender qual o papel da entidade reguladora num domínio central da regulação económica: a fixação de tarifas.

Ora, a possibilidade de uma regulação ao nível das tarifas e dos preços assume-se, sem dúvida, como *“um dos mais importantes mecanismos de regulação*

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 1012.

<sup>160</sup> VISCUSI, Kip, HARRINGTON, Joseph E., e VERNON, John M., *Economics of Regulation and Antitrust*, 4ª ed., Cambridge: MIT Press, 2005, p. 297.

*dos mercados*”<sup>161</sup>. Sendo esta uma das questões centrais da política industrial, a regulação económica permanece em primeiro plano no debate económico, político e até social em muitas regiões e países e relativamente a múltiplos setores e mercados, visando corrigir falhas no seu funcionamento, nomeadamente ao nível das infra estruturas de rede<sup>162</sup>. Torna-se, portanto, “*essencial a intervenção de um regulador que, exercendo a sua função no campo dos serviços públicos essenciais, promova a sua prestação em obediência aos princípios de universalidade no acesso, de continuidade e qualidade de serviço, e de eficiência e equidade dos preços*”<sup>163</sup>.

Assim, é atribuição da ERSAR em termos de regulação comportamental em matéria económica “*regulamentar, avaliar e auditar a fixação e aplicação de tarifas nos sistemas de titularidade municipal, qualquer que seja o modelo de gestão, nos termos definidos na legislação e na regulamentação aplicáveis*”, tal como consta do art. 5.º, n.º 3, al. b), dos novos estatutos. Estes regulamentos tarifários constanciam, portanto, *normas regulatórias de origem pública*, ou seja, são editadas por autoridades públicas, no exercício de um poder público de carácter administrativo.

O DL n.º 194/2009, de 20 de agosto, na sua versão inicial, atribuía, em matéria de tarifas, competência à ERSAR para emitir recomendações gerais relativas aos tarifários dos serviços abrangidos, independentemente do modelo de gestão adotado para a sua prestação. As decisões das entidades gestoras que se mostrassem desconformes com as recomendações da entidade reguladora deveriam ser fundamentadas. Porém, com a alteração introduzida pela Lei n.º 12/2014, de 6 de março, estas recomendações gerais passaram a ser “*instruções vinculativas quanto às tarifas a praticar pelos sistemas municipais que não se conformem com as disposições legais e regulamentares em vigor (...) permitindo a recuperação gradual dos custos associados, garantindo a transparência na formação da*

<sup>161</sup> GOUVEIA, Rodrigo, *Os Serviços de Interesse Geral em Portugal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 43.

<sup>162</sup> Neste sentido, MARTINS, Maria Rita Vieira, *cit.*, p. 79. A autora explica que “*a regulação setorial específica (...) define-se como o estabelecimento e a instituição de um conjunto de regras adequadas ao funcionamento equilibrado de um dado setor. A regulação económica das indústrias cuja atividade assenta em infra estruturas de rede, como a eletricidade, o gás, a água e o saneamento, as telecomunicações, entre outros, tem sido objeto de preocupação crescente nas últimas décadas, sobretudo com o advento das privatizações*”.

<sup>163</sup> Proposta de Lei n.º 125/XII.

*tarifa e assegurando o equilíbrio económico e financeiro do serviço prestado pelas entidades gestoras e de acordo com o princípio geral de equivalência previsto no Decreto-Lei n.º 178/2006, de 5 de setembro, permitindo a compensação tendencial dos custos sociais e ambientais da atividade de gestão de resíduos urbanos*". A Lei n.º 12/2014, de 6 de março, aditou ainda um art. 11.º-B ao DL n.º 194/2009, preceito onde se conferem poderes à ERSAR para, em caso de incumprimento dos regulamentos tarifários por parte das entidades gestoras de sistemas municipais, fixar, ela própria, as tarifas para esses sistemas.

O Regulamento Tarifário da ERSAR, que tem como uma das características fundamentais a universalidade, encontra-se preparado para ser *"aplicado a todas as entidades do setor, quaisquer que sejam as fases da cadeia de valor que intervenham ou o modelo de governo que adotem – gestão direta, gestão delegada, incluindo parceria, ou gestão concessionada –, independentemente da natureza pública ou privada da entidade gestora"*<sup>164</sup>.

Estes poderes da autoridade reguladora resultam igualmente do disposto no art. 21.º da Lei 2/2007, de 15 de janeiro, onde se determina que *"o regulamento tarifário aplicável à prestação pelos Municípios das atividades mencionadas nas alíneas a) a c) do n.º 3 observa o estabelecido no art. 82.º da Lei da Água, aprovada pela Lei n.º 58/2005, de 29 de dezembro, e no regulamento tarifário aprovado pela entidade reguladora dos setores de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos sólidos"* (n.º 5), cabendo à *"entidade reguladora dos setores de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos sólidos: a) emitir recomendações sobre a aplicação do disposto no regulamento tarifário do regulador, bem como nos n.ºs 1, 4, 5 e 7; b) emitir recomendações sobre a aplicação dos critérios estabelecidos nos estatutos da referida entidade reguladora e nos arts. 20.º a 23.º do Decreto-Lei n.º 97/2008, de 11 de junho; c) informar, nos casos de gestão direta municipal, de serviço municipalizado, ou de empresa local, a assembleia municipal e a entidade competente da tutela inspetiva de qualquer violação dos preceitos referidos nas alíneas anteriores"* (n.º 6)<sup>165</sup>. Também nos termos do art. 8.º, al. b), do DL n.º 92/2013, de 11 de julho, que revogou o DL n.º 379/93,

<sup>164</sup> Acórdão do STA de 25 de setembro de 2014, P. n.º 0799/14.

<sup>165</sup> Nos termos do n.º 7 deste art. 21.º, sem prejuízo do poder de atuação da entidade reguladora em caso de desconformidade, nos termos de diploma próprio, as tarifas municipais são sujeitas a parecer daquela, que ateste a sua conformidade com as disposições legais e regulamentares em vigor.

de 5 de novembro, se prevê que “o decreto-lei que estabelece a concessão deve prever obrigatoriamente: (...) b) a aprovação das tarifas a cobrar pela entidade legalmente competente”.

### 3. Principais Questões a Resolver

Compreendido o modo como as entidades envolvidas na concessão de serviço municipal de serviço de água – entidade concedente, concessionário e entidade reguladora – se relacionam e de que maneira surge o poder regulamentar tarifário da ERSAR num campo em que as regras do jogo estão já definidas, cumpre expor os principais problemas que resultam desta dinâmica “tridimensional”. Faremos, assim, uma análise destas questões em três patamares distintos: ao nível da legitimidade de intervenção no domínio do poder local, ao nível do controlo efetuado e ao nível da manutenção do contrato de concessão e definição da partilha de riscos. Vejamos, em concreto, cada um destes problemas.

#### 3.1. Legitimidade de Intervenção ao Nível Local

Como vimos, a natureza das entidades que levam a cabo a intervenção na economia modificou-se: de pública passou a privada. E é precisamente esta natureza privada que permite responder a necessidades de eficiência, rapidez e desburocratização, indispensáveis ao resultado económico que passou a ser “*ele mesmo, um fim da Administração*”<sup>166</sup>.

No entanto, por esse motivo, a Administração atual vive mergulhada em preocupações de qualidade democrática mas também de eficiência e produtividade. Nestas novas e difíceis condições, próprias do Estado-Providência, a garantia do consenso, elemento de legitimidade da origem e do exercício do poder estatal, não pode esperar-se apenas da lei, ao invés do que sucedia nos primórdios do Estado moderno: colocam-se novos e complicados problemas de legitimação da atividade estatal, falando-se a este propósito do défice

<sup>166</sup> MONCADA, Luís Cabral de, *cit.*, p. 24.

democrático do Estado Social. Há que conjugar de novo autoridade e democracia, *kratos* e *demos*<sup>167,168</sup>.

Com efeito, tanto o serviço de abastecimento de água como o serviço (mais amplo) de saneamento básico constituem atribuições exclusivas dos municípios. Ainda que por razões de interesse nacional estas atribuições possam ser partilhadas com o Estado, o que é certo é que a intervenção estatal apenas pode incidir sobre os sistemas em alta, continuando a gestão dos sistemas em baixa a ser garantida pelos municípios<sup>169,170</sup>.

Assim sendo, questão deveras pertinente, e que surge como consequência do reforço dos poderes de regulação tarifária da ERSAR, jaz em saber até que ponto pode esta entidade intervir na fixação de tarifas a um nível municipal.

### 3.1.1. A Autonomia do Poder Local

As autarquias locais podem ser definidas como as “*peças coletivas públicas de população e território, correspondentes aos agregados de residentes em certas circunscrições do território nacional, e que asseguram a prossecução dos interesses comuns resultantes da vizinhança, mediante órgãos próprios, representativos dos respetivos habitantes*”<sup>171</sup>. A sua existência obrigatória no nosso ordenamento jurídico é o resultado de uma “*opção estadual soberana*”<sup>172</sup>, constitucionalmente cristalizada e que é necessária para se poder afirmar a democraticidade da organização do Estado. Tal como resulta do n.º 1 do art. 6.º da CRP, que deve ser conjugado com o

<sup>167</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>168</sup> “The term democracy should be used only to describe the ideal of a political system one of the characteristics of which is the quality of being completely or almost completely responsive to all its citizens” (DAHL, Robert, *Polyarchy: Participation and Opposition*, apud FREEMAN, Jody, *Private Parties, Public Functions and the New Administrative Law Annual Regulation of Business Focus: Privatization*, in *Administrative Law Review*, vol. 52, n.º 3, 2000, p. 814).

<sup>169</sup> Cf. MARTELO, Bruno, *Descalça vai para a Fonte: a ERSAR no Caminho da Autonomia Local*, in *Cedipre Online*, n.º 23, 2014, p. 29.

<sup>170</sup> O fornecimento de serviços de água constitui igualmente uma competência municipal em França, na Alemanha e na Holanda.

<sup>171</sup> Noção avançada por Freitas do AMARAL (*Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 3.ª ed., 2006, p. 480 e 481).

<sup>172</sup> ANDRADE, Vieira de, e GONÇALVES, Pedro Costa, *Autonomia e Atribuições das Autarquias Locais*, in *Manual do Eleito Local*, vol. I, CEFA, 1994, p. 19.

Título VIII (Poder Local) da Parte III (Organização do Poder Político) da CRP, “*o Estado é unitário e respeita na sua organização e funcionamento o regime autonómico insular e os princípios da subsidiariedade, da autonomia das autarquias locais e da descentralização democrática da administração pública*”<sup>173</sup>. Este preceito possui um conteúdo denso, já que apresenta o princípio da autonomia das autarquias locais acompanhado dos princípios da subsidiariedade e da descentralização democrática da Administração Pública, bem como o respeito do regime autonómico insular<sup>174-175</sup>.

A autonomia local consiste, por conseguinte, num “*poder político que pertence ao povo*” (art. 108.º da CRP) que se exerce a nível local e através de instituições que são as autarquias locais. E surge ainda consagrada na Carta Europeia da Autonomia Local, convenção que representou “*o primeiro instrumento jurídico multilateral que define e garante os princípios da autonomia local*” e que constituiu “*um dos pilares da democracia que o Conselho da Europa tem por missão defender e desenvolver*”<sup>176</sup>.

Assim, e para além de gozarem de uma autonomia necessária – que resulta de uma imposição constitucional –, gozam ainda de uma autonomia genérica, por serem entes de base territorial aos quais é cometido o encargo de prosse-

<sup>173</sup> A interpretação deste preceito obriga-nos a ter em consideração o art. 5.º da Constituição Italiana de 1957, que, certamente, os constituintes tiveram em mente ao redigir esta parte da CRP. Nesse artigo consagra-se que “*A República é una e indivisível. Reconhece e promove a autonomia local, e implementa medidas de descentralização nos serviços que se encontram dependentes do Estado. A República adapta os princípios e os métodos legislativos às exigências de autonomia e descentralização*”.

<sup>174</sup> Neste sentido, OLIVEIRA, António Cândido de, *Direito das Autarquias Locais*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 80.

<sup>175</sup> Na formulação de Gomes CANOTILHO (*Distribuição pelos Municípios de energia elétrica de baixa tensão*, in *Coletânea de Jurisprudência*, ano XIII, tomo V, 1988, p. 28), o princípio da autonomia local é um *prius*, consistente na garantia que: as autarquias locais são pessoas coletivas territoriais; visam a prossecução dos interesses próprios das populações respetivas; dispõe de autonomia administrativa, património e finanças próprias; devem ver reconhecidas pela lei atribuições e organização tais que permitam a prossecução dos interesses próprios das populações que representam; devem ver acolhidas na lei as competências dos seus órgãos indispensáveis à realização daqueles interesses; e, ainda, são dotadas de órgãos representativos, ou seja, cujos titulares são designados por sufrágio. O princípio da descentralização é um *posterius*, que decorre do primeiro e se traduz na imposição ao Estado-Coletividade do reconhecimento político-legislativo de que a autonomia das autarquias locais é intocável, devendo a tutela cingir-se ao disposto no art. 243.º da CRP.

<sup>176</sup> OLIVEIRA, António Cândido de, *cit.*, p. 107.

guirem os interesses gerais das respetivas comunidades, e de uma autonomia democrática, na medida em que os titulares dos seus órgãos são representativos das populações<sup>177</sup>. A CRP impõe ainda que o Estado, nas suas relações com as autarquias locais, demonstre respeito pelos princípios da descentralização, da subsidiariedade e da autonomia local, devendo ser garantido a estas pessoas coletivas de fins múltiplos um feixe de atribuições para a prossecução dos interesses próprios das populações respetivas<sup>178</sup>.

Nesta medida, e como bem se compreende, se nos encontramos perante uma atribuição municipal, a intervenção estatal só deve ocorrer quando a solução não possa ser encontrada junto das entidades mais próximas dos cidadãos. No caso dos serviços de águas e resíduos, se a ingerência, ao nível dos sistemas em alta, encontra justificação na necessidade de salvaguarda do interesse nacional<sup>179</sup>, “o mesmo já não sucederá com os sistemas em baixa que, para além de se integrarem no âmbito dos interesses próprios das populações a que alude o art. 235.<sup>o</sup>,

<sup>177</sup> Encontra-se, portanto, implícita uma ideia de autoadministração, que pretende traduzir a ideia de que a cura dos interesses próprios das comunidades locais é entregue às próprias populações que depois escolhem os seus representantes para aquele efeito. Neste sentido, vide ANDRADE, Vieira de, e GONÇALVES, Pedro Costa, *cit.*, p. 21.

<sup>178</sup> É de notar que a epígrafe do art. 237.<sup>o</sup> da CRP – descentralização administrativa – é equivocada. Com efeito, e como explicam Vital MOREIRA e Gomes CANOTILHO (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II, 4.<sup>a</sup> ed., 2014, p. 723), do que aí se trata é de explicitar a ideia de que a “*administração autónoma exercida pelas autarquias locais constitui uma forma de descentralização do Estado Democrático, e não de uma mera descentralização funcional ou de uma mera administração mediata do Estado*”. A descentralização democrática autárquica não é, portanto, um direito fundamental perante o Estado mas antes “*uma garantia indispensável ao direito de as autarquias regular e gerir, nos termos da lei, sob sua responsabilidade e no interesse das populações, uma parte importante dos problemas das respetivas coletividades*”.

<sup>179</sup> Ao nível dos sistemas multimunicipais, foi entendimento da doutrina e da jurisprudência, nomeadamente no acórdão do TC de 22 de setembro de 1999, n.º 517/99 (P. 61/95), que a sua criação era legítima por razões de interesse nacional e estando em causa a proteção do ambiente e da qualidade de vida das populações. Seria exigido, no entanto, que estivessem em causa obras de importância estratégica, que tivessem de ser realizados investimentos com relevância supramunicipal e, ainda, que fosse respeitada a coabitação com os sistemas municipais (ou seja, fica proibida a criação de um sistema multimunicipal que integrasse as “baixas” com o objetivo de garantir o abastecimento público e o saneamento de águas residuais). A satisfação dos interesses diretos dos municípios constituiria reserva municipal, de acordo com o princípio constitucional do respeito pela autonomia dos municípios. Neste sentido, cf. MAÇÃS, Fernanda, *As parcerias Estado/Autarquias locais...*, p. 74 e 75.

*n.º 2, da CRP, podem, sem óbices de maior, ser geridos pelas autarquias locais de forma mais eficaz do que aquela que resultaria de uma intervenção estatal*”<sup>180</sup>.

Ora, como se viu, os novos poderes regulatórios da ERSAR conferem-lhe competência, no que toca às tarifas dos sistemas municipais, para regulamentar, avaliar e auditar a fixação de tarifas, emitir recomendações sobre a conformidade dos tarifários dos sistemas municipais com o estatuído no regulamento tarifário e, ainda, fiscalizar e sancionar o seu incumprimento.

Cumpra então aferir de que modo se podem conciliar estas novas atribuições da ERSAR em matéria de regulação económica com o princípio da autonomia local e ao abrigo de que poder é emanado o Regulamento Tarifário da ERSAR.

### 3.1.2. Tutela Substitutiva do Governo sobre as Autarquias

Como vimos, e é salientado por António Cândido de Oliveira, a autonomia local funda-se numa base territorial e implica a aceitação de uma certa margem de liberdade e de iniciativa, constituindo, assim, um elemento de diversidade inevitável que se acomoda mal aos princípios da igualdade e de uniformidade, muito próprios dos Estados modernos<sup>181</sup>. Concretamente, ao nível dos serviços municipalizados, tem-se assistido a uma crescente complexidade técnica da administração moderna, que exige a transferência de decisões para unidades mais importantes do que as unidades administrativas de base local, e a uma tendência para uma maior igualdade ao nível dos serviços, sendo assumida uma cada vez mais extensa responsabilidade do Governo nacional na gestão da economia<sup>182</sup>.

Nas palavras de Vital Moreira, “*a ideia de administração autónoma surge normalmente associada a todas as representações tendentes a limitar a ação direta do Estado*”<sup>183</sup>, e é uma exigência decorrente do Estado de direito democrático e pluralista que impõe uma separação vertical de poderes e de funções, a par de uma separação horizontal enquanto delimitação institucional e funcional entre

<sup>180</sup> MARTELO, Bruno, *cit.*, p. 30.

<sup>181</sup> *Cit.*, p. 109.

<sup>182</sup> *Ibidem*.

<sup>183</sup> *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 75.

os órgãos de soberania<sup>184</sup>. A distribuição do poder visa, portanto, responder a exigências de limitação do poder do Estado.

Contudo, a capacidade de auto-administração de que gozam estas organizações integrantes da administração autónoma (para a prossecução dos seus interesses próprios) não pode traduzir-se num poder incondicionado, pois, como bem salienta Pedro Costa Gonçalves, esse poder colocaria em causa a perda da unidade do Estado (art. 6.º, n.º 1, da CRP), a eventual prossecução do interesse público (art. 266.º, n.º 1) e a necessária eficácia e unidade de ação da Administração (art. 267.º, n.º 2)<sup>185</sup>. Razão por que é exigida uma intervenção supra-ordenada de uma organização central sobre as organizações autónomas que represente um verdadeiro limite à sua autonomia: esta intervenção designa-se por tutela administrativa, que representa a intervenção externa (de controlo ou de fiscalização da legalidade e/ou do mérito) a que fica sujeita uma organização autónoma.

No que se refere concretamente à tutela sobre as autarquias locais, e considerando o princípio da autonomia analisado *supra*, a relação tutelar constitui, à partida, um modelo exclusivo para definir o enquadramento das relações entre a administração central e a administração autárquica. A autarquia prossegue os seus interesses próprios, exclusivos, com uma autonomia baseada na Constituição e na Lei, e a Administração Central, no exercício do seu poder tutelar, efetua um controlo externo, destinado a apurar factos que possam justificar a aplicação de sanções<sup>186</sup>.

Ora, não podendo considerar-se a ERSAR como uma entidade com poderes de tutela sobre as autarquias locais, não se compreenderia como e em que

<sup>184</sup> Cf. FOLQUE, André, *A tutela administrativa nas relações entre o Estado e os municípios: condicionalismos constitucionais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 18.

<sup>185</sup> *O Novo Regime Jurídico da Tutela Administrativa sobre as Autarquias Locais*, Coimbra: CEFA, 1997, p. 7.

<sup>186</sup> A tutela administrativa sobre as autarquias locais consiste na verificação do cumprimento das leis e regulamentos, estando abrangidas as normas constitucionais, as normas de direito internacional recebidas na ordem interna, as normas de direito público europeu derivado, os princípios gerais de direito público, os atos legislativos, as normas de regulamentos emanados pela própria autarquia, por autarquias de grau superior ou das autoridades com poder tutelar, sendo que, neste último caso, apenas estão incluídos os regulamentos emanados no exercício desse poder tutelar.

medida ficariam elas obrigadas a observar as disposições de um regulamento tarifário<sup>187</sup>.

Com efeito, ao falar na tutela sobre as autarquias locais, a nossa Constituição, ainda que aponte mais diretamente para a tutela inspetiva, admite outras formas de tutela, nomeadamente a tutela integrativa e a tutela sancionatória<sup>188</sup>. No entanto, o que é indubitavelmente inadmissível, independentemente da leitura que se faça do art. 242.º da CRP, é a tutela substitutiva, ou seja, o poder de o Governo se substituir às autarquias locais na prática de atos a que elas estejam obrigadas. E, como é entendimento de alguns autores, o poder de fixação de tarifas que se atribui à ERSAR no DL n.º 194/2009 pode ser visto, justamente, como um poder de tutela substitutiva<sup>189</sup>.

Contudo, e ainda que se considere que a lei atribui à ERSAR um poder hierárquico-administrativo sobre as autarquias locais que vai muito para além daquilo do que a Constituição permite, não nos parece que esta atribuição viole o princípio constitucional da autonomia local. A ideia de que a gestão

<sup>187</sup> MARTELO, Bruno, *cit.*, p. 34.

<sup>188</sup> Pronunciando-se sobre a questão de saber se a CRP admite outras formas de tutela para além da inspetiva, Pedro Costa GONÇALVES (*O Novo Regime Jurídico da Tutela Administrativa...*, p. 14-16) admite precisamente que possam ser estabelecidas por lei outras formas de tutela, nomeadamente: (i) tutela integrativa (exercida através de pareceres vinculantes, autorizações e aprovações que, de todo o modo, não tenham em vista o controlo do mérito da atuação das autarquias locais); (ii) tutela sancionatória (aplicação de medidas sancionatórias nos casos especificamente previstos); e, ainda, (iii) tutela anulatória (poder de anulação de atos administrativos ilegais praticados pelos órgãos autárquicos). Exclui-se, portanto, a possibilidade de tutela revogatória (revogação de atos do ente tutelado, que pressupõe um juízo sobre o mérito ou a oportunidade desses atos e não apenas, portanto, sobre a legalidade dos mesmos), bem como a tutela substitutiva (poder de o Governo se substituir às autarquias locais na prática de determinados atos administrativos a que aquelas estão obrigadas). Também de acordo com Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 897), a constituição não admite, relativamente às autarquias locais, a tutela orientadora (instruções, recomendações), a tutela homologatória, a tutela substitutiva e o recurso tutelar.

<sup>189</sup> MARTELO, Bruno, *cit.*, p. 35. O autor explica que, sendo a tutela sobre as autarquias locais uma tutela de legalidade que consiste na verificação do cumprimento da lei por parte dos órgãos autárquicos, então não cabem aí as medidas de direção da atividade administrativa dos órgãos autárquicos, através de ordens ou instruções, já que inexistente um poder de direção que caracteriza a relação hierárquica. Não cabe sequer, no âmbito dessa relação, o poder de orientação do ente tutelado. Se a entidade tutelar não pode dirigir nem orientar a entidade tutelada, muito menos poderá substituir-se a esta revogando (revogação substitutiva) atos por ela praticados.

da água constitui uma atribuição municipal por natureza e de que as atividades em baixa integram o núcleo duro da autonomia municipal nesta matéria é coerente com a importância que a CRP confere à autonomia autárquica. No entanto, não podemos deixar de concordar com Rui Medeiros quando advoga que é duvidoso “*que se deva falar em atribuições dos municípios “por natureza” e, como tal, inconcebíveis de serem alteradas por mero efeito da lei e que o pano de fundo que subjaz à regulamentação do setor das águas em vigor seja constitucionalmente imposto*”<sup>190</sup>.

No que toca, então, à definição de tarefas através de poder regulamentar da ERSAR, parece-nos que estamos já fora da “*zona absolutamente incompressível da autonomia das autarquias locais*”, e perante um “*círculo adjacente*” formado por matérias que não pertencem àquela zona mas ao que se pode chamar a “*zona facultativa ou optativa*” do princípio constitucional em causa<sup>191</sup>. Discordamos, portanto, do entendimento segundo o qual violam os princípios da autonomia local e da descentralização soluções que envolvam a “*(re)concentração de tarefas que já tinham sido descentralizadas ou que sempre tinham pertencido à esfera municipal*”: existem domínios que, por incidirem sobre matérias que têm de ser vistas em conexão com o todo nacional, não podem pertencer em exclusivo ao município e devem, por isso, estar abertas à intervenção concorrente das autarquias e do Estado<sup>192</sup>.

Na esteira de António Cândido de Oliveira, não podemos deixar de concordar que a autonomia das autarquias locais deve ser considerada como uma forma de resolver os problemas da moderna gestão pública de um modo mais eficiente e racional do que através de uma administração centralizada e burocrática. Tal não significa, no entanto, que o município deva exercer uma atividade fora do domínio do Estado, ou seja, que se estabeleça uma esfera de imunidade em relação ao Estado ou uma “*independência mal concebida*”<sup>193</sup>.

<sup>190</sup> Cit., p. 83 e 84. Nos termos expostos pelo autor, a configuração de um quadro de relações entre o Estado e as autarquias locais assente num modelo horizontal rígido de repartição de atribuições não é, portanto, constitucionalmente necessária.

<sup>191</sup> Utilizando a formulação de Rui MEDEIROS (*Raízes e contexto da distinção...*, p. 85) e Marcelo Rebelo de SOUSA (*Distribuição pelos municípios da energia elétrica de baixa tensão*, in *CJ*, ano XII/V, 1988, p. 31).

<sup>192</sup> *Ibidem*.

<sup>193</sup> Cit., p. 110.

Neste sentido, pese embora se reconheça o papel relevante que as autarquias locais desempenham no conjunto da economia nacional, o que é certo é que as regulamentações destinadas a manter o equilíbrio económico do país e o facto de cada vez mais tarefas públicas interessarem a diferentes níveis de administração, fazem com que seja cada vez mais difícil defender a competência exclusiva de um só escalão de autoridade<sup>194</sup>. Como já em 1989 escrevia Vieira de Andrade, o modo como a CRP acentua e valoriza as ideias de descentralização (art. 239.º), de interesses próprios (art. 237.º) e de reserva de poderes (arts. 242.º e 243.º) deve ser compreendido no contexto de um *modelo de autonomia relativa ou flexível*, que, tendo por base o modelo tradicional, disponha de elasticidade suficiente para permitir a sua adaptação aos novos tempos<sup>195</sup>.

Defendemos, assim, uma conceção que, adaptada ao nosso tempo, confie, por um lado, à administração local o exercício, sob responsabilidade própria, de um conjunto significativo de assuntos, a delimitar na massa das tarefas que incumbem à Administração Pública, e reconheça, por outro lado, às autarquias locais o direito de participar nas decisões a nível administrativo superior, nomeadamente naquelas que se vão repercutir no território local. Parece-nos que as autarquias devem ter direito de decisão sobre aqueles assuntos que podem ser resolvidos a nível local e que devem ter o direito de intervir em todos os assuntos que interessem às respetivas populações: o poder local não desaparece mas é efetivado dentro de um quadro mais amplo e racional, previamente estabelecido, conforme exige a Administração Pública dos nossos dias.

<sup>194</sup> António Cândido de OLIVEIRA, *cit.*, p. 110.

<sup>195</sup> *Distribuição pelos Municípios de energia elétrica em baixa tensão*, in *Coletânea de Jurisprudência*, ano XIV, tomo I, 1989, p. 20 e 21. Como o autor explica, o princípio da autonomia local deve ser entendido como um princípio regulativo, que o legislador tem sempre de considerar quando regula matéria que respeite diretamente às autarquias. Mas se as características da atividade pública ou o contexto em que se desenvolvem, a capacidade de gestão dos órgãos em presença, os interesses superiores do Estado (ou, pelo menos supramunicipais) ou razões de unidade de ação ou de eficiência o justificarem, poderá a lei optar por soluções diversas.

## **3.2. Intervenção Regulamentar – Determinação *Ex Ante* e Controlo *Ex Post***

### **3.2.1. Determinação *Ex Ante* das Tarifas e Controlo *Ex Post***

Na análise dos poderes de regulação económica da ERSAR em matéria tarifária podemos constatar que a Lei n.º 12/2014, de 6 de março, introduziu o art. 11.º-A no DL n.º 194/2009, de 20 de agosto, segundo o qual a definição das tarifas dos serviços municipais obedece às regras definidas nos regulamentos tarifários aprovados pela ERSAR para os serviços em alta e para os serviços aos utilizadores finais, sendo sujeitas a atualizações anuais que entram em vigor a 1 de janeiro de cada ano.

E apesar de o regulamento tarifário para os serviços de águas não ter sido ainda aprovado, o certo é que, se nalgum aspeto se assemelhar ao regulamento tarifário do serviço de gestão de resíduos urbanos, várias questões devem ser levantadas e discutidas.

Com efeito, no regulamento tarifário do serviço de gestão de resíduos urbanos, no que toca aos sistemas em gestão concessionada, as receitas previsionais do serviço de gestão de resíduos em gestão concessionada resultam da proposta vencedora no âmbito do procedimento de contratação pública para atribuição da concessão, sendo a estrutura tarifária do serviço de gestão de resíduos em gestão concessionada definida no processo concursal sujeita ao estipulado na secção relativa aos sistemas em gestão direta<sup>196</sup>. Nestes termos, as tarifas do primeiro ano de exploração resultam da proposta vencedora no âmbito do procedimento de contratação pública para atribuição da concessão, sendo as trajetórias tarifárias revistas de 5 em 5 anos e podendo ou não ser alteradas, nomeadamente para regularização dos impactos decorrentes da verificação dos riscos que devam ser repercutidos nas mesmas, nos termos definidos no contrato de concessão, ou para adequação às regras constantes do Capítulo II do Título II deste regulamento. A ERSAR emite parecer sobre as atualizações tarifárias a realizar nos termos previstos no contrato de concessão, assim como sobre as revisões das trajetórias tarifárias, sem prejuízo

<sup>196</sup> Nos termos do art. 83.º do regulamento tarifário do serviço de resíduos urbanos. De acordo com o estipulado no art. 82.º “o período de regulação dos serviços prestados em modelo de gestão concessionada tem a duração equivalente ao prazo do contrato de concessão”.

do exercício das demais competências em matéria de fiscalização do cumprimento do contrato de concessão que possam influenciar a determinação do montante dos proveitos tarifários.

A ERSAR tem, assim, uma atuação *ex ante* na fixação dos preços, já que as tarifas aplicáveis terão de cumprir o regulamento tarifário para o setor das águas. Mas possui ainda mecanismos para uma intervenção *ex post*, em caso de incumprimento das estipulações regulamentares<sup>197</sup>.

Com efeito, e tal como vimos *supra*, a ERSAR deve “emitir recomendações sobre a conformidade dos tarifários dos sistemas municipais com o estabelecido no regulamento tarifário e demais legislação aplicável, bem como fiscalizar e sancionar o seu incumprimento” e “emitir, nas situações e termos previstos na lei, instruções vinculativas quanto às tarifas a praticar pelos sistemas de titularidade municipal que não se conformem com as disposições legais e regulamentares em vigor” (art. 5.º, n.º 3, als. c) e d) da Lei n.º 10/2014, de 6 de março). Os novos estatutos da ERSAR vieram, portanto, reforçar a eficiência do setor das águas, tornando esta entidade independente e com poderes reforçados; e o mesmo sucedeu com a Lei n.º 12/2014, de 6 de março que, como tivemos já oportunidade de referir, fez com que a ERSAR deixasse de ter competência apenas para “emitir recomendações gerais relativas aos tarifários dos serviços objeto do presente decreto-lei, independentemente do modelo de gestão adotado para a sua prestação, e acompanhar o seu grau de adoção, divulgando os respetivos resultados”.

Para além disso, no que se refere à atuação da ERSAR perante possíveis incumprimentos em matéria tarifária, é ainda de referir a revogação dos n.ºs 10 e 11 do art. 11.º do DL n.º 194/2009, de 20 de agosto, e a introdução do art. 11.º-B. Nos termos desta nova disposição, quando, com base na informação disponível, a ERSAR considere que existem indícios de que as tarifas aprovadas “*não cumprem a legislação e regulamentação aplicáveis*”, inicia-se um procedimento que pode conduzir à emissão de uma instrução vinculativa

<sup>197</sup> Nas palavras de Vitor CALVETE (*As semelhanças e as diferenças: regulação, concorrência e all that jazz*, in *Julgar*, n.º 9, 2009, p. 82 e ss), a regulação pública não se pode reconduzir a uma simples ideia de “*normação pública*”: ainda que esta função normativa seja uma das características marcantes das entidades reguladoras, o poder de ditar as regras tem de vir de braço dado com o poder de assegurar a sua aplicação e de reprimir as suas infrações (ARAGÃO, Alexandre Santos, *Agências Reguladoras e a Evolução no Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 24).

com indicação dos valores a praticar e, no caso de serviços geridos por contrato, à determinação sobre se existe necessidade de o rever. É ainda de sublinhar que, decorrido o prazo de 30 dias após a emissão da referida instrução vinculativa, sem que as tarifas tenham sido adaptadas nos termos indicados pela ERSAR, as mesmas são fixadas pela entidade reguladora e comunicadas às entidades gestoras e às entidades titulares dos serviços. Estamos, assim, perante um regime de auditoria do cumprimento regulamentar.

### **3.2.2. O Sistema de Titularidade Estatal e o Sistema de Titularidade Municipal no Regulamento Tarifário**

É certo que, numa primeira leitura, estes mecanismos de imposição de regime tarifário e o regime de fiscalização e sancionamento do seu incumprimento parecem adequados a fazer face às exigências de regulação económica do setor: fixam-se as regras a cumprir e sanciona-se o seu incumprimento. Contudo, e ainda que reconheçamos o reforço do papel regulatório que neste campo foi dado à ERSAR, ainda assim parece-nos que serão de repensar os moldes como o sistema de fixação de tarifas se encontra estruturado. E a primeira questão que se coloca prende-se com a estipulação das regras tarifárias para os sistemas de titularidade municipal em contraposição aos sistemas de titularidade estatal.

Com efeito, se no domínio da gestão de resíduos o regulamento fala em proveitos permitidos para os sistemas de titularidade estatal, calculados nos termos do n.º 2 do art. 26.<sup>o</sup><sup>198</sup>, já para os sistemas de titularidade municipal – seja em gestão direta, delegada ou concessionada – o regulamento fala em receitas previsionais, calculadas de acordo com os arts. 54.º e ss<sup>199</sup>. Nota-se,

<sup>198</sup> “Os proveitos permitidos são definidos pela ERSAR, para cada período regulatório, de acordo com a seguinte expressão: Proveitos permitidos = custo de capital + custo de exploração + incentivos – ajustamentos – benefícios de atividades complementares – receitas adicionais – ganhos financeiros derivados de juros bonificados”

<sup>199</sup> As receitas previsionais totais equivalem às receitas previsionais do serviço de gestão de resíduos urbanos prestado a entidades gestoras somadas às receitas previsionais do serviço de gestão de serviços urbanos prestado a utilizadores finais. No primeiro caso está em causa a previsão do custo total a incorrer pela entidade gestora com a prestação do serviço de gestão de resíduos urbanos a outras entidades gestoras, em euros; já no segundo, trata-se da

portanto, uma contenção ao nível do próprio regulamento tarifário no que toca à interferência da entidade reguladora para fixar os preços do serviço.

Precisamente pela questão da legitimidade de intervenção ao nível do poder local, o regulamento tarifário para o setor das águas, se for entretanto aprovado à semelhança do regulamento tarifário do serviço de gestão de resíduos urbanos, terá um âmbito de aplicação distinto no caso de serviços prestados pelo Estado e serviços prestado pelos municípios. E, como vimos, do nosso ponto de vista, esta posição mais contida, alicerçada no princípio da autonomia local, atentos os interesses em causa, pode não ser a que possibilite uma maior uniformização nos procedimentos tarifários aplicados pelas entidades gestoras aos consumidores.

É indiscutível que as concessionárias municipais se regem por um contrato com regras pré-estabelecidas que lhes garantem uma determinada rentabilidade para o período da concessão, tendo por base uma trajetória tarifária construída com base em pressupostos de procura e de custos. Nestas situações, *“a intervenção do regulador está mais condicionada em termos de definição das tarifas, uma vez que o que prevalece é a fórmula de atualização tarifária estabelecida no contrato”*<sup>200</sup>.

Não podemos, portanto, deixar de concordar que a intervenção da ERSAR em matéria de regulação económica tem de ser desenvolvida dentro do quadro legal existente e, no caso das entidades gestoras de sistemas de titularidade estatal e das concessões municipais, segundo as regras estabelecidas nos respetivos contratos de concessão; no entanto, *“importa que o regulador disponha de instrumentos regulatórios para atuar no quadro legal definido e que o faça de acordo com regras claras e universais para o setor, atendendo, naturalmente, às especificidades dos modelos de gestão existentes”*<sup>201</sup>. Destes instrumentos trataremos no Capítulo seguinte.

soma das receitas previsionais das tarifas de disponibilidade, com as receitas previsionais das tarifas variáveis, e com as receitas previsionais dos serviços auxiliares ao serviço de gestão de resíduos urbanos.

<sup>200</sup> SANTIAGO, Ana, *ERSAR vai apresentar versão melhorada do Regulamento Tarifário da Água*, in *Ambiente Online*, fevereiro de 2015.

<sup>201</sup> *Ibidem*.

### 3.3. Financiamento do Serviço e Partilha de Riscos

A evolução dos serviços de águas que acima deixámos descrita conduziu a uma “*realidade com vários pontos muito positivos mas alguns aspetos críticos*”<sup>202</sup>. E um dos aspetos que merece preocupação diz precisamente respeito à sustentabilidade do setor no plano económico e financeiro. As diferentes opções de investimento implementadas nas várias regiões do País conduziram a que, quer ao nível da qualidade quer ao nível das tarifas aplicáveis aos serviços de abastecimento de água, se verifiquem situações totalmente díspares ao longo do território nacional. Para além disso, também a diversidade de políticas tarifárias dos sistemas, em particular nos sistemas municipais, tem vindo a contribuir para a heterogeneidade deste setor<sup>203\_204</sup>.

Com efeito, os serviços de água podem ser pagos através de diferentes tipos de instrumentos: tarifas, subsídios, impostos e outros – *taxes, tariffs and transfers* (3Ts)<sup>205</sup>. Estes três instrumentos, por sua vez, reconduzem-se a três categorias de financiadores: os utilizadores dos serviços, os contribuintes fiscais e os contribuintes externos<sup>206</sup>. Na primeira solução, haverá repercussão integral dos custos da construção das infra-estruturas e equipamentos e do funcionamento dos serviços na tarifa paga pelos utilizadores dos serviços<sup>207</sup>; na segunda solução, os custos dos serviços são suportados,

<sup>202</sup> AMARO, António Leitão, *cit.*, p. 54.

<sup>203</sup> *Ibidem*, p. 55.

<sup>204</sup> Como a solução de muitos sistemas municipais tem sido a da não repercussão integral dos custos na tarifa (por diversos motivos, nomeadamente políticos), vários sistemas encontram-se hoje numa situação financeira muito preocupante. Existem concessões que se encontram em situação grave, entre concedente e concessionário, verificando-se fortes pressões para renegociar tarifas, prazos de concessão, diminuição de investimentos e valor das rendas (como é o caso da concessão de Barcelos). Para além disso, a complexa situação financeira do setor afeta operadores públicos e privados, modelos de gestão de administração direta ou indireta, entidades municipais ou supramunicipais. Neste sentido, *cf.* GODINHO, Rui, *O Futuro dos Serviços Públicos de Água: O Caso Português*, in *Direito da Água*, Série Cursos Técnicos, n.º 3, ERSAR, 2013, p. 28.

<sup>205</sup> Sobre os diferentes instrumentos de pagamento destes serviços, *cf.* OCDE, *Managing Water for All: an OCDE perspective on pricing and financing*, 2009, p. 26 e ss.

<sup>206</sup> Estas são transferências constituídas fundamentalmente por fundos comunitários e suportados pelo contribuinte europeu.

<sup>207</sup> Conforme explica André de LAUBADÈRE (*Traité des contrats administratifs*, vol. I, 2.<sup>a</sup> ed., Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983, p. 100 e ss.), o contra-

via orçamento estadual ou municipal, pelos impostos pagos pelos contribuintes<sup>208</sup>; uma terceira opção passa pelo recurso a fundos disponibilizados por financiadores externos, como por exemplo, a fundos estruturais da UE, que têm suportado parte significativa dos custos da construção das infra-estruturas de águas em Portugal.

Neste sentido, a ideia de que os privados cobram tarifas mais altas que os municípios apenas corresponde à realidade se for tida em consideração a subsidiação que os municípios praticam nos seus tarifários. Muitas vezes as tarifas dos municípios não cobrem a amortização dos investimentos, nem sequer os custos de exploração, o que significa que não são os consumidores que suportam esses custos mas sim os contribuintes<sup>209</sup>. Cria-se, nesta medida, um verdadeiro ciclo vicioso: como os proveitos não cobrem os custos, então os municípios não têm capacidade de investimento, as redes não são renovadas e a qualidade do serviço degrada-se. Sendo o serviço prestado de baixa qualidade, falta legitimidade para aumentar os preços<sup>210</sup>.

to de concessão traduz-se na convenção pela qual uma pessoa coletiva de direito público (o concedente) encarrega uma empresa privada (a concessionária) de fazer funcionar o serviço público por sua conta e risco, fazendo-se pagar através das *taxas cobradas aos utentes* (itálico nosso). Como veremos no terceiro capítulo desta Parte II, as tarifas devidas pelos utentes aos concessionários geram diversos problemas, nomeadamente ao nível da relação de consumo que se estabelece e a competência jurisdicional para decidir litígios que envolvam a falta de pagamento do serviço prestado pelo concessionário.

<sup>208</sup> Assim sucede quando não exista pagamento pelos utilizadores ou as tarifas não cubram integralmente os custos, obrigando a proceder a transferências do orçamento estadual ou municipal para o sistema de águas.

<sup>209</sup> Referindo-se especificamente às taxas de utilização da água de rega da barragem do Alqueva, Vital MOREIRA (*Os Preços dos Bens e Serviços Públicos*, in *A Mão Visível – Mercado e Regulação*, cit., p. 71 e ss) explica que em muitas destas situações estão em causa preços “políticos”, fixados por pressão dos próprios beneficiários das obras de rega em valores muito inferiores aos da amortização do investimento público e aos custos de manutenção e gestão. Com efeito, sabendo que a água é um recurso cada vez mais escasso e que são os empresários agrícolas ou agro-industriais que tiram proveito das obras de rega, não se vislumbra “razão para o subsídio, muitas vezes substancial, exigido às finanças públicas em relação a essas empresas”. Nas palavras do autor, “há que superar a ideia de que os serviços públicos e a utilização dos bens públicos devem ser gratuitos ou, pelo menos, mais ou menos subsidiados”, sendo necessária uma “reavaliação geral dos pressupostos e tarifas dos serviços públicos e da utilização de bens públicos, em termos da sua racionalidade económica e social e de adequada alocação dos recursos públicos”.

<sup>210</sup> Cf. OLIVEIRA, Diogo Faria de, *O Futuro dos Serviços Públicos de Água*, in *Direito da Água*, Série Cursos Técnicos, ERSAR, n.º 3, 2013, p. 6-7.

Ao nível da função de financiamento, podem existir soluções puras ou mistas, em que a base de suporte dos custos é distribuído por uma ou mais categorias de financiadores. O caso português é, precisamente, um caso de solução mista. É certo que o direito atualmente em vigor em Portugal, quer por imposição europeia – Diretiva-Quadro da Água<sup>211</sup> – quer pela lei nacional de transposição – Lei da Água<sup>212</sup> – impõe uma recuperação integral dos custos pelas tarifas pagas pelos utilizadores em nome do princípio do poluidor-pagador. Contudo, não só existiu um nível elevado de comparticipação de fundos estruturais europeus no investimento em infra-estruturas de água, como hoje ainda existem muitos sistemas municipais nos quais não há repercussão integral dos custos nas tarifas dos consumidores. É bastante significativo o número de municípios que subsidiam total ou parcialmente o preço dos serviços de águas, em particular os de saneamento de águas residuais<sup>213</sup>.

Desenha-se, assim, o último problema que aqui pretendemos tratar ao nível da regulação económica, mais concretamente no âmbito da política tarifária. É necessária uma reestruturação do setor das águas e resíduos que tenha como prioridade a sua sustentabilidade económico-financeira, assumindo o fortalecimento do regulador um papel essencial.

A intervenção da ERSAR deve assegurar que as entidades gestoras possam gerar mais recursos próprios através das tarifas, ficando progressivamente menos dependentes dos impostos dos contribuintes. As entidades gestoras

<sup>211</sup> Diretiva n.º 2000/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro. Conforme se pode ler no documento da Comissão Europeia *Water is for life: How the Water Framework Directive helps safeguard Europe's resources*, de 2010, “In 2000, the EU took a groundbreaking step when it adopted the Water Framework Directive, establishing a legal obligation to protect and restore the quality of waters across Europe. The Directive introduced an innovative approach to water management, based not on national administrative or political boundaries, but on natural geographical and hydrological formations: the river basins. It also requires coordination of different Community policies in a framework for action. Furthermore, it sets out a precise timetable for action, with 2015 as the target date for getting all EU waters into good condition”.

<sup>212</sup> Lei n.º 58/2005, de 29 de dezembro, com as últimas alterações do DL n.º 130/2012, de 22 de junho. Esta lei tem um impacto direto sobre todas as entidades gestoras de abastecimento público de água e sobre todas as entidades gestoras de saneamento de águas residuais urbanas no continente português. Sobre o regime aí consagrado, cf. BAPTISTA, Jaime Melo, PÁSSARO, Dulce Álvaro, e SANTOS, Rui Ferreira, *O impacto da nova lei da água nos serviços de abastecimento público de água e de saneamento de águas residuais urbanas*, in IRAR, *Série Textos sobre Regulação*, vol. I, 2007, p. 73 e ss.

<sup>213</sup> AMARO, António Leitão, *cit.*, p. 41.

devem ser capazes de recuperar os custos e gerar fluxos de receitas que sirvam as suas dívidas, assegurando tendencialmente e em prazo razoável a recuperação do investimento inicial e de eventuais novos investimentos de expansão, modernização e substituição, deduzidos da percentagem das comparticipações e subsídios a fundo perdido (art. 82.º da Lei da Água).

Para além disso, exige-se um maior equilíbrio na partilha de riscos, na medida em que quanto maior for o risco assumido pelo operador privado (incluindo o da procura), maior será necessariamente o prémio exigido pelo mesmo, ou seja, maior será a tarifa. A esta questão encontra-se diretamente associada a da taxa interna de rendibilidade (TIR acionista), ou seja, da taxa que varia consoante o nível de expectativa de remuneração acionista<sup>214</sup>. A TIR é um elemento fulcral de qualquer concessão, uma vez que é da comparação entre esta taxa de rendibilidade prevista e o custo do capital que financia o projeto de investimento (concessão) que se será aferido o ganho financeiro estimado para o concessionário<sup>215</sup>.

Com efeito, se a taxa for administrativamente limitada, colocam-se restrições às possibilidades de transferência de risco para as concessionárias (porque só com uma maior rentabilidade acionista pode haver uma maior transferência de riscos) e fica limitada a capacidade de atração de capitais para o setor, o que pode inviabilizar a concretização de investimentos estratégicos. Em contrapartida, se a taxa não for limitada, existe o risco do impacto que essa remuneração possa ter nos preços necessários para a cobertura dos gastos<sup>216</sup>.

<sup>214</sup> Uma concessão pode, no plano económico-financeiro, ser vista como um projeto de investimento: a um desembolso inicial relativo a investimentos a efetuar estão associados vários fluxos de caixa (*cash flows*) previstos durante o prazo da concessão. Da comparação entre estas duas variáveis (investimento e *cash flows* estimados) resulta a TIR que constitui um parâmetro central na rendibilidade esperada que o concessionário atribui ao projeto (concessão). Neste sentido, cf. MARTINS, António, *Sobre o equilíbrio financeiro das concessões e a taxa interna de rendibilidade (TIR) acionista: uma perspetiva económica*, in RCP, n.º 5, 2011, p. 6.

<sup>215</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>216</sup> Naturalmente que a maior ou menor limitação da TIR acionista será resultado do procedimento concursal que dá origem à adjudicação do contrato de concessão. Como escreve Bernardo Diniz de AYALA (*O poder de modificação unilateral do contrato administrativo com regime de Project finance*, in RCP, n.º 2, 2011, p. 70), no quadro de um contrato administrativo alicerçado em *project finance*, “i) as entidades financiadoras veem o seu investimento reembolsado e remunerado em função da rendibilidade do projeto; ii) tal rendibilidade depende sobretudo da equação financeira do negócio principal (regra geral, um contrato de concessão), iii) que é assim assumida como pressuposto

Deste modo, torna-se necessário um equilíbrio entre a rendibilidade acionista e os riscos transferidos para a concessionária: a TIR não pode ser tão baixa que limite a transferência de riscos e a capacidade de atração de investimento para o setor, nem pode ser tão alta que afecte o preço do serviço para os utilizadores. Os riscos devem, pois, ser repartidos de modo que o parceiro público assuma aqueles riscos que devem ser por eles assumidos e que se iriam repercutir no custo do serviço sem justificação, e a entidade concessionária deve assumir os riscos que possibilitem uma maior TIR e um maior investimento no setor.

### **Capítulo III: A *Regulação Normativa Pública Convencionada* como Instrumento de Intervenção**

#### **1. O *Contrato Regulatório* como Mecanismo de Regulação**

Como vimos até aqui, a regulação de serviços públicos assume-se como uma tarefa bastante mais complexa do que aquela que é apresentada por algumas conceções políticas e até económicas. Sobretudo ao nível da fixação de preços, a atividade regulatória implica a avaliação de um leque extenso de argumentos e posições por parte das diversas entidades envolvidas, que será um processo bastante mais intrincado do que seria de esperar<sup>217</sup>.

Uma das soluções atualmente propostas para ultrapassar a falta de legitimidade das entidades reguladoras para atuar e fixar preços a um nível local

*essencial da arquitetura dos contratos de financiamento, iv) sendo certo, não obstante, que essa equação é suscetível de ser abalada se forem modificadas cláusulas respeitantes ao conteúdo e ao modo de execução das prestações daquele negócio principal”.*

<sup>217</sup> Concordamos, pois, com Tony PROSSER (*Theorising Utility Regulation*, in *The Modern Law Review Limited*, 1999, p. 197-198) quando explica que a regulação não pode ser apenas vista como um mecanismo temporário para proteger os consumidores dos monopólios até ser alcançada a concorrência desejada. É certo que a regulação assume um papel importante na promoção de concorrência no mercado mas não se esgota aí: a regulação não acaba com o fim dos monopólios – até porque, muitas vezes, tal não é viável – e nem sequer é uma tarefa meramente temporária. A regulação implica a estipulação de regras e a implementação de instrumentos institucionais e normativos que permitam o funcionamento daquele mesmo mercado.

passa pela celebração dos chamados *contratos regulatórios* que, segundo nosso entendimento, se incluem na categoria mais ampla da regulação por contrato. Estes contratos, que têm encontrado entusiasmo no direito norte-americano, são contratos públicos celebrados entre entidades reguladoras e reguladas e versam sobre as soluções regulatórias para um dado contexto económico<sup>218,219</sup>. Trata-se, portanto, de um caso de *regulação normativa pública convencional*.

Vejamos então, em concreto, como devem ser compreendidos estes contratos e de que modo podem fazer face aos problemas de regulação económica, sobretudo ao nível dos sistemas municipais de abastecimento de água.

### 1.1. Noção e Função de *Contrato Regulatório*

Em primeiro lugar, torna-se imperioso definir o conceito de *contrato regulatório*, que será aqui utilizado por contraposição à noção de *contrato de concessão* e à noção de *regulação por contrato*<sup>220</sup>.

Em Portugal e ao nível do serviço de águas, resulta claro que a regulação por contrato surge associada à regulação por agência. Temos um contrato de concessão que é celebrado entre o município e o prestador do serviço, que servirá de base para a intervenção regulatória da ERSAR, e onde se encontram definidas as regras que regulam a conduta da empresa privada concessio-

<sup>218</sup> Como escreve Pedro Costa GONÇALVES (*Direito Administrativo da Regulação...*, p. 561, n.r. n.º 118), “esta linha doutrinal vem reclamando uma contenção reguladora do legislador, no quadro de uma clarificação entre “ends and means”, bem como a consagração de regimes que prevejam abertamente a possibilidade de as agências aceitarem ofertas negociais dos regulados”, sendo promovida uma cultura de “quasi-contractual working” entre os vários atores da regulação.

<sup>219</sup> Aproximamo-nos da noção norte-americana de “regulatory contracts”. Sobre a noção, vide FREEMAN, Jody, *The contracting state*, in *Florida State University Law Review*, vol. 52, n.º 3, 2000, p. 155 e ss.; SEIDENFELD, Mark, *An apology for administrative law in the contracting state*, *Florida State University Law Review*, vol. 28, 2000, p. 215 e ss.; STEWART, Richard, *Administrative law in the twenty-first century*, *New York University Law Review*, vol. 78, n.º 2, 2003, p. 437 e ss.

<sup>220</sup> Estes dois conceitos são usados, muitas vezes, indistintamente pela doutrina, que utiliza a expressão *contratos regulatórios* para se referir, na maior parte dos casos, a uma regulação por contrato. Vide, por exemplo, David DANA e Susan KONIAK (*Bargaining in the Shadow of Democracy*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol 148, 1999, p. 480) que caracterizam o contrato regulatório como o “contrato celebrado entre entidades públicas e sujeitos privados sujeito a regulação, através do qual o governo promete manter um determinado regime regulatório em troca de dinheiro ou de uma determinada atuação por parte dos privados”.

nária no exercício de uma atividade pública. E, para além disso, vigora ainda um modelo institucional de hetero-regulação pública que confia a tarefa de regulação a uma autoridade reguladora especialmente instituída para regular este mercado. Mediante o contrato de concessão, a prestação de um serviço público passa a ser da responsabilidade de um operador privado e será nesse contrato que estarão previstas as regras que irão conformar a relação concedente e concessionário; e a regulação é feita por contrato, já que a entidade reguladora também intervém nessa relação contratual e muitos dos seus poderes encontram aí a sua máxima expressão<sup>221</sup>.

No entanto, quando falamos em *contrato regulatório*, queremos dar conta de um outro instrumento de intervenção na economia por parte da entidade reguladora: este será um contrato celebrado diretamente entre o regulador e o regulado, que tem como objetivo regular aspetos determinados da sua atuação. Retomamos, deste modo, a posição por nós perfilhada *supra*, onde incluímos os *contratos regulatórios* num núcleo mais restrito da *regulação por contrato*.

Os *contratos regulatórios* consubstanciam, deste modo, verdadeiros instrumentos de flexibilização do direito administrativo e têm vindo a assumir uma importância crescente ao nível da regulação de serviços públicos. Considerando o “*caráter triangular da relação jurídico-regulatória e a consequente incidência na zona de interesse de vastos setores sociais*”<sup>222</sup>, estes contratos traduzem possibilidades de consensualização da atividade administrativa e constituem um aprofundamento da democracia participativa, já que revelam a coexistência entre os setores público e privado e elevam o particular “*a parceiro da ação administrativa*”<sup>223</sup>.

<sup>221</sup> Cf., a título de exemplo, a cláusula 14.<sup>a</sup> do contrato de concessão de exploração e gestão dos sistemas de distribuição de água para consumo público e de drenagem de águas residuais do Concelho do Fundão, cuja epígrafe é “*Modificação do âmbito da concessão*”. Aí se estabelece que “*a concedente poderá, depois de obtido o prévio parecer da Entidade Reguladora de Águas e Resíduos, vir a incluir no âmbito do serviço concessionado outras atividades da indústria (...) que não foram consideradas*”. Também ao nível da fixação das tarifas se determina na cláusula 51.<sup>a</sup> que “*deverão ser enviadas à ERSAR as propostas fixadas de valor das tarifas*”.

<sup>222</sup> VALDEZ, Oscar Aguilar, *El acto administrativo regulatorio*, in *Acto administrativo y reglamento*, Buenos Aires: Ediciones RAP, 2002, p. 446.

<sup>223</sup> Neste âmbito, e conforme escreve Paulo OTERO (*cit.*, p. 836-837), a legalidade administrativa mostra-se dotada de uma “*insuspeita flexibilidade*” no que diz respeito às formas de atuação administrativa. Os órgãos administrativos gozam aqui de uma “*considerável margem*”

Ora, sobretudo ao nível das indústrias de rede, e deixando de parte os problemas relativos à intervenção tarifária da ERSAR numa pura perspetiva de direito regulatório, várias são as questões que se suscitam na falta de uma atuação concertada entre regulador e regulado.

Desde logo, uma das principais causas que provocam uma *regulatory dysfunction* nas indústrias de rede é a dificuldade que existe em distinguir os meios e os fins a atingir mediante a estratégia regulatória<sup>224</sup>. De facto, inexistindo uma clara distinção entre os objetivos que a regulação visa alcançar e os meios utilizados para o conseguir, então uma gestão efetiva dos serviços torna-se praticamente impossível, já que o sucesso, as falhas e os acréscimos de performance não conseguem ser determinados. Ao nível da política de fixação de preços, surgem problemas que não são passíveis de ser solucionados com uma simples fixação regulamentar (e *ex ante*) das tarifas a aplicar aos serviços públicos. Importa, pois, compreender quais as finalidades a alcançar com uma intervenção regulatória e de que modo essas finalidades podem ser conseguidas: se mediante uma imposição regulamentar, se através de mecanismos de atuação concertada entre regulador e regulado.

Para além disso, outro grande obstáculo que se coloca ao nível da regulação das *utilities* é que as entidades reguladoras se assumem como *passive agencies*: incapazes de distinguir entre os fins últimos que a sociedade visa atingir e os meios a utilizar, as entidades reguladoras não são capazes de dar resposta à evolução dos mercados e de alterar os meios de atuação através de processos relativamente simples para alcançar de forma mais eficaz os objetivos propostos<sup>225</sup>.

Por fim, uma estratégia regulatória estática, ou seja, que não se apresente dinâmica, não é passível de fluir com as engrenagens destes mercados. Com efeito, estes são mercados que funcionam mediante um fluxo contínuo de trocas recíprocas entre compradores e vendedores, e uma estratégia regula-

*de liberdade decisória na escolha dos meios formais de decisão e, por arrastamento, na configuração dos respetivos poderes”.*

<sup>224</sup> PEDERSEN, William, *Contracting with the regulated for better regulations*, *Administrative Law Review*, vol. 53, n.º 4, 2001, p. 1068. Como explica o autor, sem uma clara distinção entre fins e meios, e sem uma definição de prioridades de fins, uma gestão e regulação efetiva dos serviços torna-se praticamente impossível, “já que nem os sucessos, nem as falhas nem os aumentos de produtividade podem ser quantificados”.

<sup>225</sup> *Ibidem*, p. 1069.

tória satisfatória depende igualmente de uma atuação recíproca e contínua entre reguladores (que emitem regras desenhadas para alcançar determinados objetivos) e regulados (que devem agir em cumprimento dessas regras). Sendo a entidade reguladora incapaz de se ajustar à conduta dos entes regulados, então esta incapacidade de resposta resultará num desencorajamento, para as entidades reguladas, de oferecerem novas formas de alcançar os benefícios sociais esperados<sup>226</sup>.

Do nosso ponto de vista, estas falhas podem ser ultrapassadas mediante a adoção de mecanismos de reforma, também designados por *regulatory reform contracts*. Estes são contratos que permitem transferir para o processo regulatório a possibilidade de aplicação de incentivos estruturais para tornar os meios mais eficientes e de ir reajustando, de um modo contínuo, os fins e os meios que os mercados competitivos devem assegurar aos entes que operam nesse mercado<sup>227</sup>.

Estes *contratos regulatórios*, tal como considera a doutrina norte-americana, permitem a criação de um novo estatuto que autoriza as autoridades reguladoras a aceitar ofertas dos regulados de forma a alcançar objetivos regulatórios distintos daqueles que tinham sido estipulados na legislação em vigor, desde que daí resultassem os mesmos benefícios sociais<sup>228-229</sup>. Este novo estatuto deve, pois, especificar quais os aspetos sujeitos a contratualização, sujei-

<sup>226</sup> *Ibidem*, p. 1070.

<sup>227</sup> Neste sentido, *vide* PEDERSEN, William, *cit.*, p. 1069. Esta estratégia é igualmente designada por “*discretionary regulation*” ou regulação discricionária, utilizada no direito norte-americano e no direito britânico ao nível da *cost-of-service regulation* e *price-cap regulation*, respetivamente. Como escreve José GÓMEZ-IBÁÑEZ (*cit.*, p. 30 e ss), a regulação discricionária tem como principal vantagem a flexibilidade e capacidade de adaptação a circunstâncias contratuais imprevisíveis. Ao contrário da regulação por contrato *lato sensu*, uma aproximação discricionária permite que o regulador se vá adaptando à vida do contrato, sem ter necessidade de prever antecipadamente todas as circunstâncias que possam afetar os investimentos inicialmente previstos.

<sup>228</sup> É de notar, contudo, que esta *regulação por contrato* (em sentido estrito, na nossa aceção) não se confunde com a regulação administrativa negociada. Nesta última situação, e como explica Pedro Costa GONÇALVES (*Reflexões sobre o Estado Regulador...*, p. 131), “*processam-se formas de diálogo regulatório e de conversações regulatórias, num contexto marcado pelo consenso, pela tolerância e por formas de negociação da regulação, que todavia não se formalizam em contratos*”.

<sup>229</sup> Esta nossa noção de *contrato regulatório* vai ao encontro da noção norte-americana, enquanto mecanismo de flexibilização da estratégia regulatória, aproximando-se das nossas *convenções de preços*, como veremos *infra*.

tar os *contratos regulatórios* a discussão pública e a revisão judicial limitada<sup>230</sup>. Concordando com William Pedersen, “*qualquer contrato que cumpra estas condições é perfeitamente válido*”<sup>231</sup>.

## 1.2. O Contrato Regulatório no Setor da Água

Transpondo esta solução para o setor da água, e com o objetivo de fazer face aos principais problemas que surgem mediante a intervenção da ERSAR ao nível da política tarifária nos sistemas municipais sujeitos a gestão concessionada, vejamos então quais os contornos que assumiria uma atuação concertada entre regulador e regulado.

Como analisámos *supra*, os moldes em que atualmente a entidade reguladora intervém na fixação das tarifas do serviço de água apresenta diversas fragilidades. Por um lado, o fortalecimento dos poderes ao nível da regulação económica e da fixação de tarifas não se ajusta ao princípio da autonomia local, já que se pode considerar que passa a existir uma tutela substitutiva da ERSAR sobre os municípios; por outro lado, a fixação dos preços é feita consoante o estipulado no contrato de concessão, apenas sujeita a verificação do cumprimento do regulamento tarifário pela entidade reguladora; e, por fim, a gestão dos contratos de concessão exige a presença cada vez mais ativa da entidade reguladora, sobretudo ao nível da preparação dos processos de concurso e da alocação do risco financeiro dos contratos.

Propomos, assim, o *contrato regulatório* no domínio tarifário como uma possível solução para fazer face àquelas dificuldades. Este contrato teria de ser compatibilizado, por um lado, com o regulamento tarifário aprovado pela entidade reguladora, e, por outro lado, com as regras de adjudicação do con-

<sup>230</sup> Como explica Luís Guilherme CATARINO (*O Novo Regime da Administração Independente: Quis custodiet ipsos custodes?*, in *Estudos Instituto dos Valores Mobiliários*, 2012, p. 10), é certo que a independência e a discricionariedade de ação e de decisão das entidades reguladoras são de cariz técnico e não político; no entanto, são essenciais não só os tradicionais mecanismos de controlo judicial como igualmente a vigilância política. A nova administração independente de garantia não pode fugir à lógica da responsabilidade política e legitimidade democrática, só assim se evitando alguns dos perigos e abusos associados aos instrumentos regulatórios, como veremos *infra*.

<sup>231</sup> *Cit.*, p. 1071.

trato de concessão, atualmente consagradas no CCP e no DL n.º 194/2009, de 20 de agosto.

Passemos a expor a nossa solução, baseada no modelo chileno de regulação do serviço de água.

- i) Numa primeira fase, equivalente à fase de adjudicação do contrato de concessão, o regime tarifário continuaria a ser considerado fator relevante para a atribuição do concurso público. Seriam fixadas as tarifas do primeiro ano de exploração, em obediência ao disposto no regulamento tarifário da ERSAR para os serviços de águas, que resultariam da proposta vencedora no âmbito do procedimento de contratação pública para atribuição da concessão.
- ii) Decorrido o primeiro ano da concessão, seria celebrado um *contrato regulatório* entre esta entidade reguladora e as entidades gestoras, ouvido o município, com o objetivo de fixar o regime tarifário para os 5 anos seguintes.
- iii) A partir desse momento, e de 5 em 5 anos<sup>232</sup>, o contrato seria revisto e seriam estabelecidas novas tarifas resultantes de estudos realizados quer pela entidade concessionária quer pela entidade reguladora. Estes estudos deveriam ter uma base uma empresa modelo, desenhada de modo a alcançar a prestação mais eficiente do serviço.

Nestes termos, a competência da ERSAR deixaria de se limitar a emitir parecer sobre as atualizações tarifárias a realizar nos termos previstos no contrato de concessão, bem como sobre as revisões das trajetórias tarifárias. A tarifa do serviço apurar-se-ia por consenso, ouvida a entidade reguladora, a entidade regulada e o município responsável pelo serviço. A implementação destes contratos implica a introdução de alguma flexibilização no modelo vigente, sendo certo que a ERSAR teria uma maior capacidade para apoiar as entidades gestoras nesta evolução para um sistema tarifário mais racional<sup>233</sup>.

<sup>232</sup> No entanto, havendo acordo entre a autoridade reguladora e a concessionária, seria possível fazer uma revisão extraordinária da tarifa antes do fim deste período.

<sup>233</sup> No que toca à aplicação das tarifas sociais, a sua aplicação continuaria a ser feita pelas autarquias, com um teto máximo de desconto, sendo aplicadas apenas a utilizadores que es-  
tejam a receber complemento solidário para idosos, rendimento social de inserção, subsídio

Também ao nível da gestão delegada de um serviço de água de titularidade estatal, o regime de preços aplicável à venda de água pela EPAL, *“consiste na fixação de tarifas respeitantes ao pagamento de uma parte fixa, denominada «quota de serviço», e de uma parte variável, que depende dos volumes de água abastecidos, bem como dos respetivos princípios de aplicação, através de convenção a acordar entre o Estado, representado pela Direcção-Geral de Concorrência e Preços, e a EPAL, S.A”* (art. 10.º, n.º 1 do DL 230/91, de 21 de junho). Esta convenção de preços, que se assemelha ao *contrato regulatório* por nós proposto, *“deverá obedecer ao regime de preços e à qualificação dos consumidores da EPAL, S.A., a estabelecer por portaria conjunta dos Ministros do Comércio e Turismo e do Ambiente e Recursos Naturais”* (art. 10.º, n.º 2) e *“vigorar-se-á pelo período que nela for acordado, podendo vir a ser denunciada por qualquer das partes, com uma antecedência mínima de 45 dias”* (art. 11.º, n.º 2)<sup>234</sup>.

Este mecanismo já foi também utilizado entre nós no mercado das telecomunicações, em que o regime de preços das prestações do serviço universal era definido por meio de uma convenção celebrada entre a Autoridade da Concorrência, o ICP – ANACOM e o prestador ou prestadores do serviço universal.

Estas convenções eram celebradas ao abrigo do art. 11.º do DL n.º 458/99, de 5 de novembro, onde se definia o âmbito do serviço universal de telecomunicações e estabelecia os respetivos regimes de fixação de preços e de financiamento. Este diploma foi entretanto revogado pela Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro – Lei das Comunicações Electrónicas, com as recentes alterações da Lei n.º 82-B/2014, de 31 de dezembro, que aprovou o orçamento do Estado para 2015. Neste último diploma passou a prever-se, no seu art. 93.º, que *“competem à ARN zelar por que seja garantida a acessibilidade dos preços das prestações do serviço universal, tendo em conta em especial os preços nacionais no consumidor e o rendimento nacional”* (n.º 1) e que a *“ARN deve acompanhar a evolução*

social de desemprego, pensão social de invalidez ou famílias no primeiro escalão do Abono Família, tal como resulta do art. 22.º do atual regulamento tarifário para os serviços de gestão de resíduos urbanos. Nos termos do n.º 5 deste preceito, *“o impacto financeiro decorrente da aplicação dos tarifários sociais é preferencialmente assumido pela entidade titular, através de um subsídio correspondente à diferença entre o valor da faturação que resultaria da aplicação do tarifário base e o resultante da aplicação do tarifário social”*.

<sup>234</sup> Nos termos dos n.ºs 3 e 4 deste art. 11.º, *“em caso de denúncia da convenção por qualquer das partes, continuarão em vigor os preços dela resultantes até nova convenção ser acordada e os novos preços entrarem em vigor”*, devendo ainda *“ser dado relevo especial à divulgação dos preços convencionados, nos termos a determinar na convenção”*.

*dos preços cobrados pelas várias prestações identificadas no art. 87.º, disponibilizados pelas entidades designadas para a prestação do serviço universal ou pela generalidade das empresas, quando tal designação não tenha ocorrido*” (n.º 2). Assim, e conforme consta do n.º 3 do mesmo preceito, para efeitos do disposto no n.º 1, “a ARN deve avaliar e decidir sobre os meios mais adequados à garantia da acessibilidade dos preços, podendo determinar: (...) b) a imposição de limites máximos de preços e a aplicação de tarifas comuns, incluindo o nivelamento geográfico dos preços, em todo o território”. Para além disso, a “ARN pode, a qualquer tempo, determinar a alteração ou a eliminação das condições praticadas pelos prestadores de serviço universal” (n.º 5).

Substitui-se, assim, a consagração legal das convenções de preços, tal como se encontravam previstas no DL n.º 458/99, de 5 de novembro<sup>235</sup>, pela possibilidade de determinação unilateral, por parte da ANACOM, de limites máximos de preços e a aplicação de tarifas comuns.

### 1.3. O Contrato Regulatório como Solução ao Nível do Direito Comparado

Como dissemos, o modelo apresentado baseia-se naquele existente no serviço de água no Chile, que se rege pelo *Decreto con Fuerza de Ley* n.º 70/88, e pelo *Reglamento Ley de Tarifas* n.º 453/89. O ente regulador e fiscalizador é designado por *Superintendencia de Servicios Sanitarios*, entidade descentralizada dotada de personalidade jurídica e património próprio.

O modelo regulatório chileno enfatiza dois aspetos cruciais para introduzir uma racionalidade económica no funcionamento do setor: o regime dos preços, por um lado, e o regime de concessões por outro<sup>236</sup>. O processo

<sup>235</sup> O art. 11.º determinava, no seu n.º 1, que “o regime de preços das prestações do serviço universal de telecomunicações é estabelecido através de convenção a celebrar entre a administração central, representada pela Direção-Geral de Comércio e Concorrência, o ICP e o prestador ou prestadores de serviço universal”. Esta convenção pode “estabelecer um sistema de preços máximos ou de ponderação geográfica ou outros semelhantes, especificando os critérios para aplicação do n.º 3 do art. 10.º” (n.º 2) e entra em vigor “no dia seguinte ao da sua ratificação pelos ministros responsáveis e vigora pelo período de tempo que nela for acordado” (n.º 3). Nos termos do n.º 4, “o ICP promove a publicação da convenção de preços”.

<sup>236</sup> No Chile, o primeiro diploma relativo às concessões foi aprovado em 1991, estabelecendo o quadro legal para a participação privada ao nível dos serviços públicos. Todo o sistema de concessões é supervisionado pelo Ministro das Obras Públicas, que apresenta projetos,

de negociação inicia-se com a apresentação, por parte da SISS, das bases de referência sobre as quais se realizarão os estudos relativos à empresa modelo, que deverão estar concluídas 12 meses antes do final do período tarifário. De seguida, a empresa tem 60 dias para efetuar observações sobre estas bases e a SISS deve responder dentro de 45 dias a estas observações e publicar as bases definitivas deste estudo.

Utilizando as mesmas bases, tanto o SISS como a empresa gestora deve realizar um estudo, que trocam entre si decorridos 8 meses desde o início do processo. São dados 15 dias para negociar quaisquer diferenças entre os estudos e, caso não se chegue a acordo, é convocado um Comité de Peritos. Ao Comité, composto por três membros (um escolhido pelo SISS, outro pela empresa e um terceiro por acordo das duas) é dado um prazo de um mês para decidir sobre as discrepâncias entre os dois estudos<sup>237</sup>. O processo de revisão tarifária termina decorridos 11 meses desde o seu início, com a decisão do Comité de Peritos, que será definitiva, salvo por razões administrativas. Antes de finalizar o período tarifário de cinco anos, o Ministério da Economia deve formalizar as tarifas aplicáveis para o período seguinte<sup>238</sup>.

Assim, e tal como é apresentado por Andrés Gómez-Lobo, o sistema de revisão de tarifas no Chile apresenta várias virtudes: destaca-se a rapidez com que se resolvem conflitos entre o regulador e a empresa regulada, mediante um sistema extrajudicial alternativo e rápido. Para além disso, este é um sistema que coloca o regulador e o concessionário numa posição simétrica no momento de fixação de tarifas, gerando uma maior confiança para os investidores privados de que os preços não serão fixados a níveis demasiado baixos<sup>239,240</sup>.

controla o processo de licitação e coordena a sua construção e funcionamento. As primeiras concessões foram adjudicadas em 1993 e a infraestrutura da primeira PPP foi concluída em 1995. Sobre o sucesso das PPP no Chile, *vide* HILL, Andrew, *Foreign Infrastructure Investment in Chile: The Success of Public-Private Partnerships through Concessions Contracts*, in *NwJILB*, vol. 32, n.º 1, 2011, p. 166 e ss.

<sup>237</sup> O Comité de Peritos não pode estabelecer um parâmetro alternativo entre as duas posições, deve decidir em favor de um dos dois estudos para cada um dos pontos em que existem diferenças.

<sup>238</sup> Sobre o processo de revisão tarifária chileno, *cf.* GÓMEZ-LOBO, Andrés, *La Regulación y privatización del Sector de Agua Potable y Saneamiento en Chile*, Universidad de Chile.

<sup>239</sup> *Ibidem*. Entre as possíveis críticas ao sistema chileno, é de destacar a assimetria de informação entre concessionário e regulador e a consequente dificuldade em desenhar uma “empresa modelo”.

O objetivo será, portanto, incluir um terceiro imparcial que seja capaz de fazer ajustamentos ao preço do serviço prestado face a alterações na performance das entidades privadas e nos custos reais de prestação do serviço. Em França a solução passou por criar uma jurisdição separada de tribunais administrativos com poderes para impor retrospectivamente ajustamentos de preços. Já nos EUA, foi atribuído um poder de revisão judicial dos preços nos contratos com o Estado<sup>241</sup>.

## 2. Aplicação Prática da Solução Proposta

Finalmente, veremos qual a aplicação prática da solução por nós proposta: do ponto de vista do reforço de legitimidade de intervenção da ERSAR, da escolha do contraente privado e ainda na manutenção do contrato e reposição do seu equilíbrio financeiro.

### 2.1. Reforço da Legitimidade e Abertura à Consensualidade

A questão da legitimidade democrática coloca-se, sobretudo, ao nível da atuação das entidades reguladoras. Nos primeiros capítulos desta Parte II tivemos oportunidade de compreender o tipo de relação que é estabelecida entre a ERSAR e o concedente e concessionário do serviço público de abastecimento de água e o modo de funcionamento desta entidade bem como o reforço contínuo das suas competências regulatórias, nomeadamente ao nível da emissão de regulamentos tarifários.

Ora, como explica Tony Prosser, os reguladores dos setores das *utilities* assumem uma variedade de funções que não se podem reduzir a uma única lógica, económica ou de outro tipo<sup>242</sup>. Torna-se mister proceder a análise pluralista deste tipo de regulação, que reflita a variedade de racionalidades

<sup>240</sup> Sobre as virtudes deste modelo, vide OCDE, *Managing Water for All: an OCDE perspective on pricing and financing*, 2009, p. 116.

<sup>241</sup> COLLINS, Hugh, *Regulating Contracts...*, p. 310.

<sup>242</sup> *Cit.*, p. 199 e 200.

subjacentes, e que permita compreender de que modo lhes é atribuída a sua legitimidade de atuação.

O serviço de abastecimento de água nos sistemas em baixa, como vimos, assume natureza eminentemente local: ainda que estas atividades, por razões de interesse nacional, tenham passado a ser partilhadas (partilha imposta) com o Estado, o que é certo é que a intervenção estatal, motivada por razões de interesse nacional, apenas pode incidir sobre os sistemas em alta, continuando a gestão dos sistemas em baixa a ser garantida pelos municípios. Nestes termos, torna-se necessário aferir se, sendo esta uma tarefa municipal que admite a concessão a privados, não deveria o legislador abster-se de tomar certas opções, nomeadamente ao nível da regulação económica<sup>243</sup>.

É certo que as autarquias locais não podem ficar sujeitas a poderes de intervenção que as coloquem em posição infra-ordenada em relação a um órgão administrativo central, devendo esta relação tutelar ser estruturada de modo a evitar aquilo que, em abstrato, o conceito de tutela parece sugerir: a “*menorização da entidade tutelada*”<sup>244</sup>. Não obstante, e considerando as exigências de prossecução de interesses públicos cada vez mais complexos, que determinam decisões cujas consequências estão longe de se confinar aos limites da área de jurisdição de uma autarquia, a intervenção estadual não pode ser considerada como exclusivamente associada a uma atuação investigativa, de inspeção sobre atuações passadas do ente controlado. Concor damos, assim, com Pedro Costa Gonçalves quando afirma que as relações entre as administrações estadual e autárquica devem ser estabelecidas num ambiente de cooperação, colaboração intersubjetiva e de coordenação de interesses<sup>245</sup>.

Nestes moldes, o facto de a ERSAR, enquanto entidade administrativa independente, não poder ser tida como uma entidade que atua ao abrigo de uma legitimidade democraticamente atribuída, seria facilmente ultrapassado se se assegurasse que fossem tomados em consideração o maior número de

<sup>243</sup> Nos mesmos moldes, Pedro Costa GONÇALVES e Rodrigo Esteves de OLIVEIRA (*As Concessões Municipais de Distribuição de Eletricidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 37) colocam a questão para os serviços municipais de distribuição de eletricidade.

<sup>244</sup> Utilizando a expressão de Pedro Costa GONÇALVES, *O Novo Regime Jurídico da Tutela...*, p. 11.

<sup>245</sup> *Ibidem*, p. 12.

pontos de vista possíveis nos procedimentos de tomada de decisões<sup>246</sup>. Para além de apresentarem vantagens ao nível do grau de especialização e das competências técnicas, que são fonte da sua autoridade<sup>247</sup>, as entidades reguladoras independentes assumem-se ainda capazes de desenvolver os seus próprios procedimentos de tomada de decisão, considerando a informação disponível, e permitindo a participação de todos os interessados<sup>248</sup>.

Assim, e perfilhando a posição de Vieira de Andrade, e conforme vimos *supra*, se em causa estiverem interesses específicos das comunidades locais, o legislador deve, sempre que possível, cometer às autarquias poderes inteiros para, sob sua própria responsabilidade, intervirem nessa matéria. O município terá, portanto, de ser sempre ouvido: ainda que a lei possa optar, em virtude de interesses superiores do Estado, por soluções diversas, devem ser sempre previstos “*mecanismos de co-decisão, de participação ou, no mínimo, de consulta dos órgãos representativos dessas comunidades*”<sup>249-250</sup>.

Propomos, desta forma, uma noção de *active agency*, no domínio de contratos relacionais, com legitimidade de atuação, e que terá à sua disposição instrumentos de auto-regulação e auto-vinculação adequados para colocar em

<sup>246</sup> PROSSER, Tony, *cit.*, p. 200.

<sup>247</sup> Como explica Frank VIBERT (*The rise of the unelected: democracy and the new separation of powers*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 47), “*another way of viewing the issue of confidence is to see it as related to the fact that democratic societies need more than one type of basis for taking decisions that are based on competence. Competence, however, suggests decisions based on the type of technical expertise required in knowing how to do something (...). Unelected bodies indeed need to be competent in what they do.*”

<sup>248</sup> “*From the perspective of the unelected bodies themselves, the best possible information is needed on which to base their policies or their actions may be challenged as unreasonable*”. Neste sentido, VIBERT, Frank, *cit.*, p. 31.

<sup>249</sup> *Distribuição pelos Municípios da energia...*, p. 21.

<sup>250</sup> Este mesmo raciocínio será transponível para os modelos de gestão direta e gestão delegada do serviço. Da nossa perspetiva, o poder de intervenção contratual conferido à ERSAR nos moldes que aqui expomos não é defensável apenas no modelo de gestão concessionada: sobretudo ao nível da gestão delegada, devem ser admitidos estes *contratos regulatórios*, ainda que devidamente adaptados às circunstâncias. Na gestão direta, e ainda que não fosse celebrado contrato sobre o domínio tarifário entre o município e a entidade reguladora, deveria, do mesmo modo, ser repensada e reforçada a intervenção na ERSAR na fixação das tarifas do serviço prestado. Por fugir ao âmbito da nossa investigação, esta questão não será aqui discutida.

prática uma política de desenvolvimento económico sustentável<sup>251</sup>. Conforme expõe Hugh Collins, “*other regulatory techniques, such as the imposition of broad standards or the elaboration of detailed default rules, may better serve such purposes as enhancing trust and co-operation between parties to a contract. The research agenda of implicit dimensions of contracts demands an examination of the range of available regulatory techniques in order to determine which method is likely to prove the most effective and efficient in the pursuit of the goals behind the law*”<sup>252</sup>.

## 2.2. A Escolha do Contraente Privado e o Procedimento Concursal

### 2.2.1. O Contrato de Concessão nas Diretivas Europeias de Contratação Pública

Até à aprovação da Diretiva 2014/23/UE, relativa à adjudicação de contratos de concessão, segundo a jurisprudência do TJUE e orientação da Comissão, a outorga da concessão de serviços públicos não tinha que obedecer a um pré-procedimento típico, exigindo-se apenas o respeito pelos princípios gerais de direito comunitário<sup>253</sup>. As entidades adjudicantes nacionais gozavam de ampla margem de discricionariade, sendo que a livre escolha do concessionário assentava numa ideia de *intuitu personae*. Na medida em que a concessão de uma atividade pública representava uma transferência de competências da Administração para um privado, o concessionário deveria ser uma pessoa

<sup>251</sup> Nas palavras de Eleanor FISHER (*The Power of Purchase: Addressing Sustainability through Public Procurement*, in EPPPL, n.º 1, 2013, p. 7), “*putting in place public policy and legal frameworks for sustainable development and utilizing tools for voluntary regulation are important*”.

<sup>252</sup> *Introduction: The Research Agenda of Implicit Dimensions of Contracts...*, p. 24.

<sup>253</sup> Neste sentido, MAÇAS, Fernanda, *A Concessão de Serviço Público e o Código...*, p. 405. Na verdade, e ainda que os Tratados constitutivos das Comunidades Europeias não consagrassem disposições específicas sobre contratação pública, o certo é que a aplicabilidade neste domínio do princípio da igualdade, da liberdade de circulação de mercadorias, do direito de estabelecimento, da liberdade de prestação de serviços e das normas da concorrência, há muito haviam sido já reconhecidas. Cf., a este propósito, MEDEIROS, Rui, *A Contratação Pública nos Setores com Regime Especial – Água, Energia, Transportes e Telecomunicações*, in *La Contratación Pública en el Horizonte de la Integración Europea: V Congreso Luso-Hispano de Profesores de Derecho Administrativo*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2004, p. 137.

“merecedora de confiança”, o que significava que fosse ou pudesse ser escolhido por ajuste direto<sup>254</sup>.

Assim, e ao nível do direito da UE, não era imposto qualquer procedimento para a celebração de contratos de concessão, como aliás esclareciam várias comunicações interpretativas da Comissão Europeia<sup>255</sup>. No mesmo sentido decidia o TJUE, no famoso acórdão *Teleaustria* (P. C-324/98, de 7 de dezembro de 2000), determinando apenas que a celebração de contratos de concessão estaria sempre vinculada aos princípios dos tratados, nomeadamente os da igualdade de tratamento, transparência, proporcionalidade e não discriminação em razão da nacionalidade. Ainda que os contratos de concessão de serviços estivessem excluídos do âmbito de aplicação das diretivas comunitárias relativas aos contratos públicos, as entidades adjudicantes que os celebravam estariam, no entanto, “obrigadas a respeitar as regras fundamentais do Tratado”<sup>256</sup>.

Todavia, rapidamente as fragilidades dos argumentos que suportavam o princípio tradicional da livre escolha do concessionário vieram à tona. Com efeito, não só outros tipos contratuais em que avultava a relação *intuitus personae* foram sendo paulatinamente enquadrados por uma disciplina pré-contratual, como a própria importância da pessoa do cocontratante e da respetiva aptidão para o desempenho das tarefas materialmente administrativas parecia exigir competição entre os candidatos à concessão, permitindo “preencher com mais rigor e eficiência a generalidade das exigências de uma (futura) relação *intuitus personae*”<sup>257</sup>. Salvo hipóteses excecionais, o ajuste direto passou, assim, a ser considerado “um modo ilegítimo de proceder à outorga de concessões de serviços públicos”<sup>258</sup>: passou a ser duvidosa a legalidade da atribuição de concessões de serviços públicos sem procedimento concursal e, muitas vezes, *ope legis*<sup>259</sup>.

<sup>254</sup> DUFAU, Jean, *Les Concessions de Service Public*, Le Moniteur: Paris, 1979, p. 41.

<sup>255</sup> Comunicações Interpretativas 2000/C 121/02, 2006/C 179/02 e 2008/C 91/02.

<sup>256</sup> Tal como se retira do texto da decisão do TJUE no processo *Bent Moustén Vestergaard*, de 3 de dezembro de 2001, P. C-59/00.

<sup>257</sup> AYALA, Bernardo Diniz, *O Método de Escolha do Co-contratante...*, p. 15.

<sup>258</sup> GONÇALVES, Pedro Costa e OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, *cit.*, p. 70.

<sup>259</sup> MEDEIROS, Rui, *A Contratação Pública nos Setores...*, p. 156.

Demonstrada a debilidade do entendimento tradicional em que se baseava a tendência para reservar a adjudicação de concessões a nacionais, a legislação de alguns Estados-Membros começou a reconhecer que a adjudicação de concessões podia e devia fazer-se em competição<sup>260</sup>. Foi precisamente o que sucedeu entre nós, com a norma contida no art. 183.º do CPA, que passou a exigir que os contratos administrativos fossem precedidos de concurso público. No entanto, esta exigência admitia amplas derrogações: para além de o DL n.º 223/2001, de 9 de agosto, não fazer qualquer alusão aos contratos de concessão de serviço público no seu âmbito de aplicação objetivo<sup>261</sup>, também o próprio legislador nacional podia, no contexto da legislação especial referida naquele art. 183.º do CPA, subtrair as concessões de serviços públicos à procedimentalização pré-contratual aí consagrada, derogando as regras do concurso em detrimento do ajuste direto.

A 13 de abril de 2011 a Comissão Europeia, na Comunicação intitulada “*Ato para o Mercado Único – Doze alavancas para estimular o crescimento e reforçar a confiança mútua – Juntos para um novo crescimento*”, anunciou a intenção de adotar uma iniciativa legislativa relativa às concessões. Até este momento, a adjudicação de concessões de empreitada de obras estava sujeita apenas a um número limitado de disposições de direito derivado, enquanto que as concessões de serviços eram apenas abrangidas pelos princípios gerais do TFUE. Esta lacuna provocava graves distorções do mercado interno, nomeadamente restringindo o acesso das empresas europeias às oportunidades económicas criadas pelas concessões. Para além disso, a falta de segurança jurídica resultava igualmente em perdas de eficiência. A proposta de uma diretiva para as concessões teve, assim, por objetivo reduzir a insegurança que rodeava a adju-

<sup>260</sup> Surge uma tradicional oposição entre os países nos quais a investidura de parceiros privados encarregados de explorar um serviço público se faz sobretudo por via unilateral, escapando em grande medida aos procedimentos concursais, como é o caso da Alemanha, e aqueles em que se opta pela via contratual, como sucede em França. Neste sentido, cf. ESTORNINHO, Maria João, *Curso de Direito dos Contratos Públicos: Por uma Contratação Pública Sustentável*, Coimbra: Almedina, 2012, p. 123.

<sup>261</sup> Este diploma pretendeu transpor as Diretivas 92/13/CEE, 93/38/CEE e 98/4/CE, todas relativas à contratação pública nos setores da água, energia, transportes e telecomunicações. Sobre a regulamentação nacional e comunitária da contratação pública nos ex-setores excluídas, vide CATELA, Miguel, *Contratação Pública nos Setores da Água, Energia, Transportes e Telecomunicações: DL n.º 223/2001, de 9 de agosto, Anotado e Comentado*, Lisboa: Fórum Mercados Públicos, 2002, p. 13 e ss.

dicação dos contratos de concessão, para benefício das autoridades públicas e dos operadores económicos<sup>262</sup>.

Neste contexto, e a 26 de fevereiro de 2014 foi aprovada a Diretiva 2014/23/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, que, tal como consta do 1.º Considerando, veio estabelecer “*um quadro jurídico adequado, equilibrado e flexível para a adjudicação das concessões*” com vista a garantir “*o acesso efetivo e não discriminatório de todos os operadores económicos da União ao mercado e a segurança jurídica, promovendo investimentos públicos em infra-estruturas e serviços estratégicos para o cidadão*”. Sabendo que os contratos de concessão representam um importante instrumento no desenvolvimento estrutural a longo prazo dos serviços infraestruturais e estratégicos, contribuindo para o progresso da concorrência no mercado interno, o objetivo foi, portanto, beneficiar do conhecimento especializado do setor privado, ajudando a alcançar eficiência e inovação (cf. 3.º Considerando). Descontadas algumas normas constantes da Diretiva 2004/18/CEE sobre concessões de obras públicas, este constitui o primeiro diploma de direito europeu dedicado à regulação do importante mercado das concessões.

### 2.2.1. O Preço do Serviço enquanto Critério de Adjudicação

Ao nível do nosso ordenamento jurídico, a Diretiva 2014/23/UE terá muito provavelmente um impacto menos significativo, na medida em que o CCP já disciplina quer os procedimentos pré-contratuais quer a execução dos contratos de concessão. O legislador português optou por submeter as concessões ao regime geral do CCP, nos termos do arts. 6.º, n.º 1, e 16.º, n.º 2, deste código. Assim, o regime pré-contratual da concessão de serviço público vai muito além do que seria exigível pelo direito europeu, sujeitando-o à concorrência como um qualquer outro contrato.

Para além disso, e ainda antes da sua previsão no CCP, as PPP já gozavam entre nós de um rastro ou lastro legislativo assinalável no DL n.º 86/2003, de 26 de abril, entretanto revogado pelo DL n.º 111/2012, de 23 de maio. Este diploma visava sobretudo disciplinar o momento da preparação e lançamento

<sup>262</sup> Conforme resulta da *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à adjudicação de contratos de concessão*, de 20 de Dezembro de 2011, p. 2.

das PPP, regulando, portanto, um momento prévio ao próprio procedimento pré-contratual<sup>263</sup>. Já no CCP a regulação das PPP foi motivada pelo desejo do legislador de *“por termo à divisão entre a prática e a legislação no que respeita a alguns fenómenos generalizados como o project finance e combinou a necessária rigidez das normas destinadas à salvaguarda da concorrência garantida na parte II do Código, com as recorrentes garantias exigidas pelas entidades financiadoras do projeto que, no sucesso deste vêm a fonte quase exclusiva de retribuição do investimento suportado”*<sup>264</sup>. Com a publicação deste código, no que toca à fase pré-contratual de uma PPP, passou a dever ter-se em conta não só as normas aplicáveis à formação de contratos como igualmente as normas do CCP que se aplicam especificamente aos contratos administrativos que configurem uma PPP nos termos do DL n.º 111/2012, de 23 de maio.

Tratando-se, portanto, de concessão de serviço público a celebrar pelo Estado, pelas Regiões Autónomas ou por um Instituto Público, que configure uma parceria público-privada, então a decisão de contratar compete conjuntamente ao ministro ou ao membro do Governo Regional responsável pela área das finanças e ao ministro ou ao membro do Governo Regional da tutela setorial, consoante o caso, nos termos do art. 37.º do CCP<sup>265</sup>.

Quanto ao procedimento aplicável, e ainda que as entidades adjudicantes estejam vinculadas a adotar, em alternativa, o concurso público, concurso limitado por prévia qualificação ou o procedimento por negociação, a verdade é que lhes é conferida ampla margem de discricionariedade na escolha do

<sup>263</sup> Conforme explica João Canto e CASTRO (*A Regulação das Parcerias Público-Privadas no Código dos Contratos Públicos*, in RCP, n.º 4, 2012, p. 178), *“o objetivo primacial deste diploma foi o de regular, disciplinar, controlar e otimizar o processo de criação de despesa pública no âmbito das PPP, criando para esse efeito um complexo de normas muito rígido, pesado e burocrático, fortemente dependente do Ministério das Finanças”*.

<sup>264</sup> Cf. Exposição de motivos do DL n.º 18/2008, de 29 de janeiro.

<sup>265</sup> A preparação do procedimento, que corresponde a uma fase meramente interna, está prevista nos arts. 9.º a 14.º do DL n.º 111/2012, de 23 de maio, e compreende a seguinte tramitação: i) proposta do serviço do ministério setorialmente competente ao respetivo ministro; ii) notificação deste ao ministro das finanças para a constituição de uma equipa de projeto; iii) a equipa de projeto desenvolve o modelo da parceria e elabora todos os documentos de suporte ao procedimento; iv) a fase de preparação culmina com a adoção de uma solução alternativa, se esse for o resultado dos testes de eficácia (previstos nos arts. 4.º a 7.º) ou então com o lançamento da parceria, por despacho conjunto do ministro das finanças e do membro do governo setorialmente competente.

procedimento a utilizar em concreto. A entidade adjudicante pode ainda recorrer ao ajuste direto, quer com base em critérios materiais quer por razões de interesse público relevante, ou ao diálogo concorrencial, quando o contrato a celebrar seja particularmente complexo, impossibilitando a adoção do concurso público ou do concurso limitado por prévia qualificação.

Ao nível dos sistemas municipais concessionados de água, a regulamentação estabelece que a sua concessão é atribuída por concurso público e que do programa do concurso deve constar, entre os fatores relevantes, o regime tarifário. A seleção dos concorrentes deve garantir aos consumidores um serviço com qualidade especificada nos documentos do concurso, ao menor custo possível. Tal como resulta do art. 38.º do DL n.º 194/2009, de 20 de agosto, “*sem prejuízo do disposto no Código dos Contratos Públicos, do caderno de encargos deve constar: (...) i) identificação dos serviços passíveis de faturação através de tarifários próprios, bem como requisitos relativos às estruturas tarifárias a aplicar*”.

Nestes termos, resulta claro que os preços constituem um dos principais critérios de seleção dos concorrentes, sendo regulados pelos contratos. Mantém-se a noção de *concorrência pelo mercado*, que pressupõe que o preço seja determinado pelo próprio processo concursal<sup>266</sup>. De que maneira pode, então, a determinação tarifária operada pela ERSAR afetar o preço do serviço como critério de adjudicação do contrato?

Do nosso ponto de vista, não o faz. E não o faz, quer porque o preço inicial, que se fixa para o primeiro ano da concessão deve resultar, efetivamente, da proposta vencedora no âmbito do procedimento de contratação, quer porque, cada vez mais, outros fatores pesam na tomada de decisão de adjudicação deste tipo de contrato.

Com efeito, e para as concessões posteriores à entrada em vigor do DL n.º 194/2009, de 20 de agosto, este diploma, seguindo a lógica da partilha do risco da procura que sempre foi adotada nas concessões celebradas neste

<sup>266</sup> Como escrevia Harold DEMSETZ (*cit.*, p. 58), “*if only one firm submits the lowest price, the process ends, but if two or more firms submit the lowest price, one is selected according to some random selection device or one is allowed to sell or give his contracts to the other. There is no monopoly price although there may be rent to some factors if their supply is positively sloped. There is no regulation of firms in the industry*”. O preço é determinado, portanto, no âmbito de um mercado concorrencial (concorrência pelo mercado) em que o Estado tem a responsabilidade de adjudicar o contrato à melhor proposta apresentada.

setor, estabeleceu um novo mecanismo para definir tais limites. No procedimento de contratação pública os concorrentes são chamados a identificar, nas respetivas propostas, o valor dos proveitos mínimos que pretendem ver assegurado durante o período da concessão na eventualidade dos proveitos tarifários reais serem inferiores àqueles mínimos. Este passa, portanto, a ser um dos aspetos sobre os quais incide o critério de adjudicação (art. 39.<sup>o</sup>), fazendo com que as propostas sejam tão mais valorizadas quanto menor for o valor dos proveitos mínimos exigidos e, conseqüentemente, maior o risco assumido pelos concorrentes.

Assim, os *contratos regulatórios* entre entidade reguladora e concessionário que incidam sobre o regime tarifário devem partir sempre do preço base estipulado no contrato, que continua a ser importante critério de adjudicação e que não deve, de modo algum, ser afastado. Para além disso, e no momento pré-contratual, devem ser considerados outros fatores, e deve igualmente ser dado espaço de intervenção à ERSAR, no sentido, nomeadamente, de impedir que os proveitos mínimos eliminem o risco e correspondam à recuperação dos investimentos efetuados, recomendando aos municípios adjudicantes a definição, nas peças do procedimento, de um limite máximo ao valor que pode ser proposto pelos concorrentes (como parâmetro base que implica a exclusão de propostas).

## **2.3. Manutenção do Contrato e Reposição do Equilíbrio Financeiro**

### **2.3.1. Relatório do Tribunal de Contas e Posição da ERSAR**

Ainda que os contratos de concessão tenham dado uma contribuição importante para os resultados alcançados no país em termos de cobertura de abastecimento de água e saneamento de águas residuais, o que é certo é que ainda se identificam fragilidades na gestão dos sistemas municipais, com modelos empresariais e participação de privados. Apesar de a gestão concessionada existir à mais de 20 anos, ela foi objeto de uma regulamentação limitada até 2009, e a ausência de uma entidade reguladora que os apoiasse os municípios na preparação dos processos de concurso explicam muitas das dificuldades que se tem vindo a sentir na gestão dos contratos de concessão e que

se traduzem na necessidade de revisões dos contratos mais frequentes do que o desejável<sup>267</sup>.

Por estes motivos, e em cumprimento do Plano de Fiscalização da 2.<sup>a</sup> Secção do TdC, realizou-se em 2012 uma auditoria à regulação e gestão de concessões de serviços de águas, nos sistemas em baixa. Esta auditoria envolveu um universo de 27 concessões municipais de águas, em baixa, com consultas seletivas, em função do risco percecionado, à ERSAR, às entidades gestoras e municípios concedentes<sup>268</sup>.

Concluiu este tribunal, no Relatório n.º 03/2014 – 2.<sup>a</sup> Secção, intitulado *Regulação de PPP no Setor das Águas (sistemas em baixa)*, que, de acordo com as boas práticas e os princípios de partilha de risco de uma PPP/concessão, “o risco de insustentabilidade financeira de uma PPP resultante de riscos de mercado, riscos de procura, riscos financeiros, riscos de construção e de exploração deve ser, tanto quanto possível, transferido para o parceiro privado”<sup>269</sup>, o que não se verificou em quase todos os contratos de PPP/concessão analisados. Alguns contratos continuam a apresentar cláusulas de reequilíbrio financeiro que garantem às entidades gestoras a cobertura de riscos financeiros associados à alteração dos *spreads* bancários ou até a cobertura dos riscos operacionais, em resultado de eventuais agravamentos de custos de manutenção. Para além disso, cerca de 74% dos contratos prevêem de um modo expresso a possibilidade das concessionárias serem ressarcidas pelos municípios concedentes em relação ao caso base, no caso de se verificar uma determinada redução do volume total de água faturado e da estimativa de evolução do número de consumidores. Estes contratos apresentam garantias de receitas mínimas para as entidades gestoras que se asseguram, na prática, por via dos processos de reequilíbrio

<sup>267</sup> PensaAR 2020, *Uma estratégia ao serviço da população: serviços de qualidade a um preço sustentável*, vol. I, Maio de 2014, p. 89.

<sup>268</sup> O TdC exerce um controlo sobre a atividade contratual pública com vista a apreciar não só a legalidade da execução dos contratos, mas também a economia, a eficiência e a eficácia das entidades sob o seu controlo, onde se inclui a organização, funcionamento e fiabilidade dos sistemas de controlo interno. Esta forma de fiscalização “é prosseguida através de auditorias, sendo que nos últimos tempos tem assumido especial relevância no controlo das PPP”. Neste sentido, e para mais desenvolvimentos sobre a supervisão financeira dos contratos públicos, vide LOUREIRO, Joana, *A Regulação do Mercado da Contratação Pública*, Dissertação de Mestrado em Direito, FDUC, 2013, p. 92 e ss.

<sup>269</sup> Relatório n.º 03/2014, vol. I, p. 8.

financeiro, desvirtuando “*claramente os princípios da partilha de riscos que devem estar subjacentes a um contrato de concessão*”<sup>270</sup>.

Na generalidade dos contratos de concessão não existiram, portanto, evidências de qualquer preocupação por parte dos municípios concedentes, com a análise de risco e de sustentabilidade dos potenciais impactos financeiros associados à evolução de eventuais cenários adversos das concessões. Nuns casos, as entidades concedentes procederam à modificação unilateral da trajetória tarifária constante do caso base, cujo impacto imediato resultou no avolumar das compensações financeiras a pagar às concessionárias; e noutros, os concedentes públicos apresentaram sérias limitações no que respeita à capacidade de monitorização financeira e de análise de riscos destes contratos, resultando numa menor capacidade técnica e negocial para defender os interesses financeiros dos municípios, incluindo os dos próprios utilizadores. Compreende-se, portanto, que a figura do equilíbrio financeiro nunca tenha funcionado em benefício dos municípios concedentes ou dos respetivos utilizadores, “*quando se verificaram situações suscetíveis de gerar rendimentos líquidos superiores aos previstos no caso base para as entidades gestoras*”, tal como foi entendimento do TdC<sup>271</sup>.

O facto de a ERSAR apenas emitir pareceres obrigatórios não vinculativos sobre as peças do procedimento de contratação pública, assim como sobre as minutas do contrato e as respetivas alterações (nomeadamente no âmbito de reequilíbrios) foi igualmente apontado pelo TdC como uma fragilidade. Houve recomendações/conclusões da ERSAR que apenas foram acatadas em parte pelas entidades gestoras e foram realizadas apenas 8 auditorias entre 2009 e 2013, o que corresponde a cerca de 30% do universo das concessões.

Nesta auditoria considerou-se, portanto, que a ERSAR, no exercício das funções regulatórias que lhe estão incumbidas, deve promover todos os esforços no sentido de que, quer em sede de revisão, quer de negociação contratual, as partes envolvidas acordem a redução das TIR acionistas, especialmente quando estas sejam superiores a 10%; promover a implementação de mecanismos de partilha de benefícios, com os utentes e/ou os concedentes; promover a eliminação progressiva de cláusulas contratuais que implicam a transferência

<sup>270</sup> *Ibidem*.

<sup>271</sup> *Ibidem*, p. 9.

de riscos operacionais, financeiros e de procura para o concedente; promover a adoção de pressupostos económicos, financeiros e técnicos prudentes, no âmbito do lançamento de novas concessões, no sentido de garantir a sustentabilidade económica-financeira das concessões, evitando, igualmente, potenciais reequilíbrios com repercussões negativas ao nível do tarifário a aplicar aos utentes; promover a constituição, o bom funcionamento e o desempenho da comissão de acompanhamento; e, ainda, promover o reforço das suas intervenções em matéria de controlo e auditoria, relativamente aos contratos de concessão, nomeadamente aos que comportam maior risco para os interesses financeiros do concedente e o interesse público<sup>272</sup>.

Em resposta a notícias veiculadas na imprensa sobre o relatório da auditoria do Tribunal de Contas aos serviços de águas<sup>273</sup>, a ERSAR pronunciou-se sobre este relatório reconhecendo que grande parte das recomendações emanadas por este tribunal coincidem “*em larga medida com recomendações que a ERSAR tem vindo a emitir nos últimos anos, no intenso contacto direto com os municípios e concessionárias e através dos seus pareceres, no quadro dos problemas que afetam as concessões*”. Destaca, no entanto, que em relação à preparação de eventuais novos contratos de concessão, esta entidade tem vindo a disponibilizar e a recomendar aos municípios a utilização de uma minuta de caderno de encargos que acautela os principais aspetos notados pelo TdC e que se traduz em melhores procedimentos de contratação. Denota ainda que está em curso a preparação de um regulamento tarifário dos serviços de águas com regras claras de fixação de tarifas, cujo objetivo é “*harmonizar e tornar mais exigentes os critérios de fixação de tarifas, quer em matéria de eficiência, quer quanto às relações entre as partes, incluindo para as novas concessões que venham a ser decididas pelos municípios*”.

Não podemos, portanto, deixar de concordar com a reguladora quando afirma que os principais problemas apontados pelo TdC respeitam não tanto aos moldes em que a ERSAR tem vindo a desenvolver a sua intervenção regulatória, mas aos termos em que os contratos de concessão foram celebrados

<sup>272</sup> Para além disso, a ERSAR deve promover e manter permanentemente atualizada uma base de dados referentes às diferentes concessões existentes em Portugal, de modo a permitir uma análise comparativa dos diferentes indicadores de natureza técnica e económico-financeira que permitam examinar em permanência a performance das diferentes concessões.

<sup>273</sup> Nota à imprensa de 23 de fevereiro de 2015.

e posteriormente revistos pelos municípios e respetivas concessionárias, no quadro das suas competências, em vários casos antes mesmo de a entidade reguladora ter iniciado a sua atividade. Nestas situações, e como bem se compreende, a implementação efetiva de recomendações em termos de correção das falhas apontadas aos contratos de concessão “*depende de decisões e do acordo dos concedentes e concessionários, uma vez que os pareceres da ERSAR não são vinculativos face à legislação vigente*”. Mas parece-nos interessante refletir sobre de que modo um *contrato regulatório* celebrado entre entidade reguladora e concessionário, com incidência sobre as tarifas aplicáveis no setor da água, poderia interferir na manutenção de um contrato de concessão, sobretudo ao nível da reposição do seu equilíbrio financeiro.

### **2.3.2. Reforço da Intervenção da ERSAR na Manutenção dos Contratos e na Reposição do Equilíbrio Financeiro**

Como já se mencionou, a TIR acionista depende de variáveis como o investimento, os cash flows estimados e a duração temporal do projeto, e todos estes valores estimados conduzem a um acordo entre as partes, relativo a um dado cenário económico-financeiro que geralmente faz parte dos contratos de concessão<sup>274</sup>. Nestes termos, facilmente se deduz que as variações dos rendimentos, dos gastos, dos investimentos e do horizonte temporal de uma concessão – face aos valores previstos no dito cenário financeiro pré-estabelecido no contrato – hão-de originar mudanças na TIR. E o problema torna-se especialmente delicado quando se contratualizou que uma quebra da TIR, verificada face à TIR prevista no contrato, constitui motivo suficiente para a reposição do equilíbrio financeiro<sup>275</sup>.

<sup>274</sup> Sabendo que é o contrato de concessão que determina a partilha do risco entre o operador privado e os municípios, devem então ser previstos mecanismos de fixação e revisão de preços que permitam aos investidores uma taxa de retorno competitiva. Como explica Christopher H. BOVIS (*Risk and Public-Private Partnerships*, in *EPPPL*, n.º 1, 2012, p. 47 e 48), ainda que possam existir contratos que cubram todas as possíveis contingências ou eventualidades, o que é certo é que, na sua grande maioria, apresentam problemas de raiz, ao nível da sua própria construção.

<sup>275</sup> MARTINS, António, *cit.*, p. 18. Como expõe o autor, nestas situações torna-se necessário aferir qual o cenário económico-financeiro sobre o qual deve recair o apuramento quantitativo

Com efeito, a necessidade de reposição ou não do equilíbrio financeiro do contrato tem necessariamente de considerar a matriz de risco originalmente estipulada no contrato de concessão: repor o equilíbrio do contrato não pode equivaler a uma renegociação do contrato. Contratualizar uma TIR *ex post* corresponde a não levar em consideração o risco assumido pelo parceiro privado aquando da celebração do contrato de concessão.

Atualmente, no âmbito dos processos de renegociação das concessões, a ERSAR presta apoio às partes no sentido de uma otimização das condições contratuais, tendo sempre como preocupação assegurar a sustentabilidade dos serviços. Inexistindo objeção à redução, por acordo entre as partes, das TIR contratadas, importa avaliar, em cada caso, a rentabilidade acionista e o riscos assumidos pelas partes, num quadro de equilíbrio entre a sustentabilidade económica e financeira da concessionária, salvaguardadas as condições de continuidade da prestação dos serviços, e os benefícios para as respetivas tarifas<sup>276</sup>.

Não obstante, e no que toca à progressiva eliminação das cláusulas contratuais que impliquem a transferência de riscos para o concedente, a ERSAR não pode deixar de atender, por uma banda, à necessidade de respeitar os limites que resultam das regras de contratação pública e que impedem alterações substanciais do contrato, e, por outra banda, ao quadro legal aplicável, que estabelece como regra a transferência para a concessionária de riscos passíveis de por este serem melhor geridos. É certo que se reconhece que

da reposição do equilíbrio que impeça a TIR acionista de descer abaixo do valor estimado no estudo de viabilidade inicial: se este exercício deve ser conduzido no modelo de financiamento subjacente ao designado “cenário base” (ou seja, o modelo que, em regra, figura em anexo ao contrato de concessão); ou então se este cenário deve ser adaptado à luz do que se conhece sobre o período já decorrido. É certo que a via mais simples será a de manter o cenário base, pois foi sobre este que se apurou a TIR acionista inicialmente acordada. Contudo, se entre o início da concessão e o momento em que se rompe o seu equilíbrio medido pela TIR acionista, se verificaram desvios muito significativos em rubricas como gastos com o pessoal, fornecimento e serviços externos e taxas de juro de empréstimos contratados, poderá argumentar-se que o cenário base deve primeiramente ser revisto à luz dos novos valores e só depois se devem refazer os cálculos referentes ao reequilíbrio.

<sup>276</sup> Em consequência das conclusões formuladas no Relatório nº 03/14, bem como das respostas das entidades que se pronunciam no âmbito do exercício do contraditório, foi realizada uma auditoria de acompanhamento das recomendações proferidas. Aqui podem ser lidas as respostas da ERSAR a cada uma das sete recomendações proferidas pelo TdC.

constitui um traço essencial dos contratos de concessão o facto de implicarem uma significativa e efetiva transferência de risco para a concessionária; não obstante, se em causa estiver uma repartição de risco que tenha sido um pressuposto do concurso, a sua alteração, ainda que para a tornar mais equilibrada, põe em causa os princípios e os limites da contratação pública e da proteção da concorrência. Os municípios devem, portanto, conformar a matriz de risco no momento da abertura do concurso, tomando em consideração que se trata da concessão de um serviço público (e não da exploração de um serviço liberalizado) e, por esse motivo, o ente público mantém-se como responsável último pela sua provisão. A assunção do risco pela concessionária tem como contrapartida o pagamento de um prémio (que se reflete no custo do serviço para os utilizadores (tarifas) ou para o concedente (no caso da remuneração), sendo que quanto maior for a incerteza, maior será o prémio de risco<sup>277</sup>.

Ao nível do lançamento de novas concessões, a ERSAR deve alertar as partes para a necessidade de adoção de pressupostos económicos, financeiros e técnicos, assentes em projeções publicadas pelas diversas entidades oficiais, como sejam o Banco de Portugal ou o Instituto Nacional de Estatística. Visando assegurar o equilíbrio entre a rentabilidade acionista e os riscos que o concedente pretende transferir para a concessionária (esperando-se que a concorrência no procedimento permita maximizar os resultados económicos dessa relação), a ERSAR tem vindo a desenvolver trabalhos no sentido de apoiar os municípios que pretendam lançar concessões, designadamente através de um modelo de caderno de encargos e orientações relativas aos critérios de adjudicação

Neste quadro, e ainda que a ERSAR preste apoio às partes no âmbito dos processos de renegociação das concessões, no sentido de uma otimização das condições contratuais e tendo como preocupação fundamental assegurar a sustentabilidade dos serviços, o certo é que esta entidade tem os seus pode-

<sup>277</sup> Conforme escreve Eduarda AZEVEDO (*cit.*, p. 15), as PPP representam um instrumento público de índole económico-financeira que permite manter ou incentivar um ritmo adequado de investimento e modernização dos serviços públicos, mesmo em condições de restrição orçamental, procurando articular, em formatos variáveis, o financiamento inicial e o pagamento final através do contribuinte ou do utente, tendo como âncora o financiamento prévio privado de acordo com diferentes matrizes de transferência e partilha de riscos.

res bastante limitados no que toca às concessões já em vigor, gozando apenas de maior poder de atuação no lançamento de novas concessões.

Com efeito, aquando da abertura do acesso ao mercado deve ser assegurada uma adequada comparação entre propostas dos concorrentes e devem ser estabelecidas, num momento inicial, as regras de acesso ao mercado; regras que têm de ser facultadas aos operadores económicos antes da apresentação das propostas. E devem ser avaliados apenas fatores essenciais, como os mecanismos de partilha do risco<sup>278</sup>. Mas isso não basta. A ERSAR deve ter uma intervenção ao nível da fixação de preços que lhe permita aferir se uma alteração nos rendimentos é ou não equilibrada, ou seja, se tem ou não em consideração quer o preço do serviço a pagar pelos utentes quer o nível da TIR acionista. Um acordo que envolva o município, o concessionário e o regulador é particularmente útil ao nível do acerto pleno dos termos da reposição do equilíbrio financeiro do negócio a modificar: tudo o que se encontre ligado à equação financeira do contrato é essencial para ambas as partes, pode ser crucial para o concessionário e é potencial fonte de litígio se lhe faltar o equilíbrio – “*pelo menos um equilíbrio em que o particular se reveja com o conforto devido*”<sup>279,280</sup>.

Perante uma situação de necessidade de reposição do equilíbrio por via da TIR acionista, uma combinação de redução de investimento a cargo do concessionário, de aumento de receitas e da extensão do prazo da concessão, pode levar novamente a TIR para o nível inicialmente estimado. Tal depende, como escreve António Martins, de as disposições contratuais o permitirem e de as partes chegarem a acordo sobre a combinação destes fatores<sup>281</sup>. Nada impede, portanto, nesta negociação entre a entidade reguladora, aferindo o

<sup>278</sup> MARQUES, Rui Cunha, e BERG, Sanford, *cit.*, p. 11.

<sup>279</sup> AYALA, Bernardo Diniz de, *O poder de modificação...*, p. 67.

<sup>280</sup> As características particulares do setor da água, em especial o facto de ser um serviço de rede prestado sob forma de monopólio, explicam que tanto os políticos como os investidores exijam uma forte e rigorosa regulação de preços no setor, no sentido de não existirem surpresas como um aumento substancial dos preços (do lado político) ou uma redução drástica (do lado dos investidores). Neste sentido, *cf.* Claude MÉNARD (*From technical integrity to institutional coherence: regulatory challenges in the water sector*, in *Regulation, Deregulation, Reregulation: Institutional Perspectives*, Edward Elgar, 2009, p. 88).

<sup>281</sup> *Cit.*, p. 24.

nível de preços a praticar e interferindo na evolução futura da relação financeira entre concedente e concessionário<sup>282</sup>.

Como vimos, estamos perante contratos relacionais em que as partes entram frequentemente em negociações contratuais. Quando as circunstâncias futuras são particularmente intrincadas ou incertas, surgem dificuldades práticas que impedem uma ótima alocação de todos os riscos durante a vida do contrato<sup>283</sup>. A introdução dos *contratos regulatórios* no domínio tarifário assumir-se-ia, destarte, como um mecanismo idóneo para reforçar os poderes da ERSAR quer na fixação de tarifas quer na modificação da trajetória tarifária<sup>284</sup>. A publicação dos novos estatutos da ERSAR veio reforçar os poderes e da independência orgânica e funcional desta entidade reguladora, “*num quadro de universalização da regulação*”, sendo necessário que esta “*passse a dispor de instrumentos de regulação económica mais adequados e com eficácia externa, que lhe permita ter uma intervenção eficaz em matéria de fixação de preços, num ambiente de eficiência produtiva*”<sup>285</sup>.

A identificação e análise dos problemas ao nível da regulação económica devem, pois, conduzir a uma reflexão sobre a necessidade de reforma da organização dos serviços de águas em Portugal, tornando-se necessária uma reorganização destes serviços com “*prioridade para a sustentabilidade económico-financeira do setor*”<sup>286</sup>.

<sup>282</sup> Nos contratos administrativos assentes em *project finance* a reposição do equilíbrio financeiro consequente de modificação das cláusulas respeitantes ao conteúdo e ao modo de execução das prestações é matéria de extrema sensibilidade para as entidades financiadoras. Como vimos *supra*, estas investem no projeto e dependem da respetiva rentabilidade para se verem reembolsadas e remuneradas à taxa de juro acordada. Nestes termos, e tal como explica Bernardo Diniz de AYALA (*O poder de modificação...*, p. 67) “*um contrato que ficasse desequilibrado na sua equação financeira após modificação do restante clausulado poderia colocar em perigo tal rentabilidade e, por conseguinte, os interesses de quem financia ou financiou o projeto*”. O acerto endocontratual daquela reposição é, assim, “*as mais das vezes, do máximo interesse das entidades financiadora*”, residindo aí um campo muito útil de paz contratual.

<sup>283</sup> GOETZ, Charles J., e SCOTT, Robert E., *cit.*, p. 1089 e ss.

<sup>284</sup> “*Our argument is not that the classic law could not recognize implicit dimensions of contractual relationships, but rather that its techniques for instantiating these implicit dimensions frequently proved inadequate*” (CAMPBELL, David, e COLLINS, Hugh, *Discovering the Implicit Dimensions of Contracts*, in *Implicit Dimensions of Contract: Discrete, Relational, and Network Contracts*, *cit.*, p. 26-27).

<sup>285</sup> ERSAR, *Novo Regulamento Tarifário dos Serviços de Gestão de Resíduos Urbanos*, *cit.*, p. 1.

<sup>286</sup> PORTUGAL, Presidência do Conselho de Ministros, *Proposta do XIX Governo Constitucional*, p. 59.

### 3. Vantagens e Perigos do *Contrato Regulatório*

*“Regulatory contracts might arise for different reasons than contracts to deliver social services or perform arguably public functions. Perhaps agencies turn to contractual regulatory instruments not for the reasons that explain contracting out generally, but simply because contracts with regulated entities appease a congress hostile to regulation, or because they pacify powerful industry groups committed to resisting regulation through legal challenge. Moreover, the piecemeal use of regulatory contract can seem less threatening to the ultimate power of the state than widespread contracting out, which some observers believe is more likely to shrink or weaken public institutions in relation to the market”<sup>287</sup>.*

Pelo exposto *supra*, não podemos deixar de concordar com Alejandro Huergo Lora quando expõe os três principais motivos que, na sua ótica, legitimam a Administração Pública a optar por mecanismos de consenso: 1) o crescente número de atividades reguladas pelo Estado, e, conseqüentemente, dos interesses públicos e privados envolvidos, aumentaram a complexidade das decisões e fizeram com que fosse mais seguro o consenso com os particulares atingidos; 2) o facto de uma maior intervenção do Estado na vida social e económica ser mais eficiente com o *desejo de colaboração* do particular do que com a prática de atos unilaterais; e, ainda, 3) a crise fiscal, que fez com que o Estado passasse a intervir na vida económica por meio de fomentos negociados com os agentes económicos privados<sup>288</sup>.

Atenta a bondade do raciocínio que legitima a regulação por contrato, é de fazer, não obstante, uma breve referência a dois perigos associados a este mecanismo de auto-regulação: a captura do regulador pelo regulado e a capacidade de negociação futura dos preços pelos operadores económicos.

No que toca à eventual captura do regulador, concordamos com José Gómez-Ibáñez quando advoga que uma das maiores desvantagens da *discretionary regulation* é o risco que existe de a entidade reguladora ser capturada por interesses dos cocontratantes privados e, por esse motivo, exerça

<sup>287</sup> FREEMAN, Jody, *Contracting State...*, p. 189.

<sup>288</sup> *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Madrid: Editorial Civitas, 1998, p. 94-98.

os seus poderes de formas que não consideram, a longo prazo, os interesses das infraestruturas de rede e dos seus consumidores<sup>289-290</sup>. Para além do tradicional risco de falta de independência face aos interesses dos regulados e dos políticos (captura), os próprios reguladores tenderam a criar interesses próprios, opacos, e a criar ou preservar o prestígio próprio e os interesses e a carreira futura (*vested interests*)<sup>291</sup>.

Ademais, e como bem nota Andrew Hill, um outro problema destes contratos prende-se com a alta capacidade de negociação dos preços, após ter sido já celebrado o contrato de concessão. Com efeito, um concorrente que saiba que poderá negociar, num futuro próximo, o preço do serviço, poderá colocar todo o procedimento concursal em causa. Haverá uma tendência para diminuir o preço do serviço, de modo a ganhar o concurso público, com a expectativa de exigir alterações significativas depois do contrato de concessão estar já celebrado<sup>292</sup>.

Assim sendo, parece-nos que a entidade reguladora deve assumir uma postura cautelosa. O preço fixado inicialmente, que resulta do contrato de concessão e do procedimento concursal, deve ser o ponto de partida das negociações futuras e não deverá ser, de modo algum, desvalorizado. A entidade reguladora deve partir para as negociações consciente da possibilidade de a entidade concessionária adotar uma conduta abusiva, não permitindo que o novo regime tarifário negociado reflita uma violação do núcleo central dos princípios da contratação pública.

Como bem nota Luís Guilherme Catarino, as entidades reguladoras não podem tomar erradamente a sua independência como privatização da função pública que desempenham: ainda que os poderes que lhe foram legalmente conferidos para enquadrar e regular um setor social ou económico traduzam

<sup>289</sup> Cit., p. 31. Como escreve o autor, “*the agency needs discretion because tariff setting is too complicated to be reduced to a contract or a formula that can be specified in advance. But the fact that the agency has so much discretion makes it a more inviting target for capture*”.

<sup>290</sup> Parafraseando Ian AYRES e John BRAITHWAITE (*Responsive regulation: transcending the deregulation debate*, New York, Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 101), “*através de lobbying a empresa regulada torna-se capaz de ganhar o coração e a mente do regulador*”.

<sup>291</sup> Para mais desenvolvimentos sobre a captura do regulador e sistemas de controlo vide CATARINO, Luís Guilherme, *cit.*, p. 17, e VIBERT, Frank, *cit.*, p. 46.

<sup>292</sup> HILL, Andrew, *cit.*, p. 187. No mesmo sentido, cf. MARQUES, Rui Cunha, e BERG, Sanford, *cit.*, p. 9-10.

numa nova forma de articulação entre a sociedade e um Estado pluralista e policêntrico, devem continuar “*a ter como fim redesenhar o self interest dos atores em prol do interesse coletivo*”<sup>293</sup>.

Devem, assim, ser admitidos apenas os *contratos regulatórios* que cumpram certos requisitos processuais para a sua formação. Deverão ser exigidos níveis de abertura, publicidade, explicitação e transparência não só ao nível da formação do contrato como igualmente na fixação dos termos do próprio contrato<sup>294</sup>.

É certo que existem sempre riscos associados a uma regulação convencional, mas acreditamos que os benefícios e vantagens, sobretudo num setor que apresenta tantas especificidades, suplantam claramente todos os inconvenientes.

## PARTE III – A QUESTÃO TARIFÁRIA NUMA PERSPETIVA DE DIREITO DO CONSUMO

### Capítulo I: Relevância Jurisprudencial da Questão

#### 1. Da Questão a Tratar

Depois de analisada a questão tarifária de uma perspetiva de direito administrativo, nesta Parte III a questão da fixação de tarifas será considerada de um outro prisma. Voltamos agora para uma relação que se estabelece num momento subsequente à celebração do contrato de concessão de serviço público de abastecimento de água: a relação entre concessionário e utente do serviço.

<sup>293</sup> *Cit.*, p. 10.

<sup>294</sup> Com uma análise bastante negativa relativamente aos *contratos regulatórios*, David DANA e Susan KONIAK (*cit.*, p. 473 e ss.) escrevem que quanto maior a transparência dos termos do contrato e do processo político em torno da formação do contrato, menor é a probabilidade de o contrato representar uma captura ou um compromisso político, sendo que o mais provável é que o contrato represente um “*pure opportunism protection*”.

Do que trataremos de seguida será, portanto, da natureza desta relação jurídica e da natureza da contraprestação devida pela prestação do serviço, por parte do utente, à entidade concessionária. Mantendo presente o interesse doutrinal que este tema assume, o nosso principal propósito será dar resposta a uma questão que se tem colocado na jurisprudência, sobretudo do Tribunal de Conflitos: a de saber se a ação judicial para cobrança de crédito por água fornecida e não paga a empresa concessionária de serviço municipal é da competência dos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal (mais concretamente, dos tribunais tributários) ou dos tribunais da jurisdição comum<sup>295</sup>.

Começando pela exposição dos contornos do problema enunciado perante esse Tribunal – onde chegou a dar azo a duas decisões antagónicas no espaço de uma semana – e terminando com uma ponderação sobre a competência para a resolução de litígios relativos ao cumprimento coercivo de dívidas resultantes do contrato de fornecimento de serviço público essencial, esta última Parte pretende oferecer uma visão global sobre a natureza da relação entre a empresa concessionária e o consumidor e demonstrar o modo como essa visão influi na resposta à questão de saber qual a jurisdição competente para a resolução deste tipo de litígios. O nosso propósito é, portanto, encontrar resposta para o problema em três patamares distintos: i) caracterizando a relação entre utente/consumidor final e empresa concessionária como uma relação de direito privado, ii) analisando a contraprestação devida pelo utilizador do serviço como um verdadeiro preço, evidenciando o seu carácter não tributário e, por fim, iii) demonstrando a impossibilidade de instauração de processo de execução fiscal por parte da empresa concessionária.

Passemos, assim, e antes de mais, a explicar os moldes em que a questão da competência jurisdicional dos tribunais tem sido suscitada ao nível do Tribunal de Conflitos<sup>296</sup>.

<sup>295</sup> É indubitável que a questão da competência dos tribunais, enquanto verdadeiro pressuposto processual, se reveste da maior importância, pelo que se torna essencial, por motivos de certeza e de segurança jurídica, clarificar qual a jurisdição competente para conhecer destes litígios.

<sup>296</sup> O Tribunal de Conflitos, enquanto tribunal *ad hoc*, é criado para a resolução de conflitos de jurisdição, nos termos do art. 116.º, n.º 1 e 3, do CPC e art. 42.º, n.º 1, do CPA, ainda que não resolva *todos* os conflitos de jurisdição. Neste sentido, cf. CURA, António Vieira, *Curso de Organização Judiciária*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 205 e ss.

## 2. Contornos Jurisprudenciais

Nos processos aqui em análise, estão em causa ações judiciais para cumprimento de obrigações pecuniárias decorrentes do fornecimento de água por parte de empresa concessionária, tendo em conta que o particular/consumidor não pagara as quantias faturadas. E o entendimento do Tribunal de Conflitos tem sido predominantemente no sentido de que a competência para o conhecimento destes litígios é dos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal, mais propriamente dos tribunais tributários.

Ora, ainda que esta não seja uma solução evidente e inquestionável, atendendo, nomeadamente, às especificidades do regime jurídico dos contratos de concessão de serviços públicos, ainda assim a competência tem sido atribuída, sem grandes dúvidas pelo Tribunal de Conflitos<sup>297</sup>, à jurisdição administrativa e fiscal, conforme decorre da leitura dos acórdãos de 25 de junho de 2013 (P n.º 033/13), de 26 de setembro de 2013 (P. n.º 030/13), de 5 de novembro de 2013 (P. n.º 039/13), de 18 de dezembro de 2013 (P. n.º 038/13) e de 18 de dezembro de 2013 (P. n.º 053/13).

Os mencionados arestos respeitam, todos eles, a ações intentadas por sociedade anónima de direito privado concessionária do serviço público de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público do Município de Fafe, iniciadas junto do Balcão Nacional de Injunções e distribuídas, posteriormente, como ações especiais para cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contrato de fornecimento de água, e nas quais a autora pedia a condenação dos réus a pagar o serviço de fornecimento e o consumo de água.

Mediante o conflito negativo de jurisdição gerado entre o 1.º Juízo do Tribunal Judicial de Fafe e os Tribunais Administrativos e Fiscais, pronunciou-se o Tribunal de Conflitos no sentido de que é da competência dos tribunais tributários *“o conhecimento de ação em que uma empresa concessionária do serviço público municipal de abastecimento de água pretende cobrar «preço fixo» e consumos por um contador «totalizador» que precede os contadores das frações e das partes*

<sup>297</sup> Das decisões enunciadas, apenas o P. n.º 038/13 (acórdão de 18/12/2013) apresenta um voto de vencido, curiosamente da Senhora Juíza Conselheira Fernanda Maças que, enquanto relatora do acórdão de 21 de janeiro de 2014 (P. n.º 044/13), considerou, como veremos, que as ações para cumprimento de dívida resultante de contrato de fornecimento de serviço seriam da competência dos tribunais judiciais.

comuns de um condomínio, por estarem em causa tarifas, taxas ou encargos como exigências impostas autoritariamente em contrapartida do serviço público prestado, relação jurídica que é regulada por normas de direito publico tributário”<sup>298</sup>.

No entanto, em 21 de janeiro de 2014 (P. n.º 044/13), o mesmo Tribunal assumiu posição distinta: por acórdão relatado pela Senhora Juíza Conselheira Fernanda Maças, concluiu o Tribunal de Conflitos que o *“contrato de fornecimento de água ao domicílio que liga o prestador do serviço e o consumidor/utilizador final não é atingido por uma regulação de direito público”* – seja este serviço prestado diretamente pelo Município, através de um serviço municipal ou municipalizado, ou indiretamente através da criação de uma empresa municipal ou da celebração de um contrato de concessão de serviço público com um particular – e, por isso, *“a apreciação dos litígios sobre o incumprimento destes contratos não cabe aos tribunais da jurisdição administrativa”*. A competência só passaria, assim, para o âmbito dos tribunais tributários se *“o objeto do litígio se centrar ou pelo menos envolver a discussão da legalidade do preço ou das tarifas, podendo para esse efeito o interessado socorrer-se, quer do disposto no art. 49º, nº 1, alínea a), ponto i), do ETAF – que abrange os atos de liquidação de receitas fiscais estaduais, regionais ou locais e parafiscais, quer da alínea e), ponto i), quando se refere à declaração de ilegalidade de normas administrativas de âmbito regional ou local, emitidas em matéria fiscal”*.

Ora, esta decisão – que atribuiu competência aos tribunais da jurisdição comum, embora com um voto de vencido<sup>299</sup> – opõe-se às restantes decisões proferidas pelo Tribunal de Conflitos relativas a esta matéria. Como foi salientado nesse voto de vencido, *“a solução a que se chegou é contrária à que tem sido adotada neste Tribunal dos Conflitos, como se pode ver pelos acórdãos de 25/06/2013, P. n.º 033/13; 26.9.2013, P. n.º 030/13; 05/11/2013, P. n.º 039/13; 18/12/2013, P. n.º 038/13 e n.º 053/13”*, processos em que existe total identidade da causa de pedir e do pedido, ou seja, idênticos critérios de aferição da competência material dos tribunais<sup>300</sup>.

<sup>298</sup> Tal como consta dos sumários dos acórdãos de 25 de junho de 2013 (P. n.º 033/13), de 26 de setembro de 2013 (P. n.º 030/13) e de 5 de novembro de 2013 (P. n.º 039/13).

<sup>299</sup> Voto vencido do Senhor Juiz Conselheiro Alberto Augusto Andrade de Oliveira.

<sup>300</sup> Em todos estes processos a autora é uma sociedade anónima de direito privado concessionária do serviço público de captação, tratamento e distribuição de água para consumo

Entendeu, assim, este Tribunal, que não só a apreciação dos litígios sobre o incumprimento destes contratos não cabe aos tribunais da jurisdição administrativa, como não é de admitir a possibilidade de execução coerciva, por parte de empresa concessionária e através do processo de execução fiscal, das dívidas derivadas do incumprimento desses contratos<sup>301</sup>.

Apesar de tal posição nos parecer a mais acertada, ainda assim o Tribunal de Conflitos evidenciou, daí a muito pouco tempo, que as incertezas permaneciam. Com efeito, surpreendentemente, por acórdão de 29 de janeiro de 2014 (P. n.º 045/13), ou seja, sete dias volvidos desde a decisão no P. n.º 044/13, este Tribunal voltou a negar a competência dos tribunais da jurisdição comum para a resolução de litígios respeitantes à cobrança, por parte de empresa concessionária, de dívida relativa ao serviço de abastecimento de água. Esta decisão, que contou com três votos de vencido<sup>302</sup>, baseou-se na jurisprudência firmada pelo Tribunal de Conflitos, segundo a qual *“este tribunal tem vindo a decidir diversos casos de contornos essencialmente iguais aos do presente”* e em todos eles *“foram julgados competentes os tribunais da jurisdição administrativa e fiscal e dentro destes os tribunais tributários”*, não se vislumbrando *“razão para alterar aquele posicionamento”*.

Segundo entendimento preconizado pelo Tribunal, *“a empresa concessionária do serviço de fornecimento de água aos municípios prossegue fins de interesse público, estando, para tanto, munida dos necessários poderes de autoridade”* pelo que, *“subjacente à questão em controvérsia, está uma relação jurídica administrativa”*. Assim, a ação cairia no âmbito dos litígios a que alude o art. 1.º, n.º 1, do ETAF, sendo competentes para a sua apreciação os tribunais da jurisdição administrativa e fiscal. Em termos argumentativos, afirma-se que o concessionário,

público do município de Fafe, e os pedidos respeitam à falta de pagamento de faturas de consumo de água.

<sup>301</sup> O mencionado acórdão do Tribunal de Conflitos distingue duas situações: por um lado, aquelas em que o serviço de abastecimento de água é prestado diretamente por entidades públicas (município ou empresa municipal), já que estas entidades podem emitir certidão da dívida, que constitui título executivo para efeitos de cobrança coerciva nos tribunais tributários, através de processo de execução fiscal (arts. 148.º, n.º 2, al. a) e 162.º, al. c), do CPPT); e aquelas em que o serviço é prestado por entidade privada, cujas notas de cobrança, por não serem abrangidas pelo regime do CPPT, se encontram desprovidas de força executiva. Esta última situação é precisamente aquela que nos propomos analisar.

<sup>302</sup> Dos Senhores Juizes Conselheiros José Augusto Fernandes do Vale, Gregório Eduardo Simões da Silva Jesus e Gabriel Martim dos Anjos Catarino.

obtida a necessária aprovação pelo concedente, detém o poder de fixar, liquidar e cobrar taxas aos utentes, poderes que lhe são atribuídos pelo art. 13.º, n.º 2, do DL n.º 379/93, de 5 de novembro, ou seja, conferidos por normas de direito administrativo. Para além disso, *“trata-se de matéria que cai na previsão da alínea d) do n.º 1 do art. 4.º do ETAF, cabendo na esfera de competência dos tribunais administrativos e fiscais por estarmos perante um litígio que tem por objeto a fiscalização da legalidade das normas e demais atos jurídicos praticados por sujeitos privados, designadamente concessionários, e que advenham do exercício de poderes administrativos, assim se afastando esse conhecimento da esfera de competência dos tribunais judiciais”*.

A questão ficou, assim, aparentemente pacificada, com a competência reconhecida aos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal.

É certo que a problemática foi novamente levantada, nomeadamente no conflito resolvido em 15 de maio de 2014 (P. n.º 031/13)<sup>303</sup>, mas nele considerou-se que *“não obstante a questão ser em tudo idêntica à julgada pelo Tribunal de Conflitos no conflito n.º 44/13, de 21/1/2014”*, existia já jurisprudência firmada em sentido contrário, julgando-se, por isso, que os tribunais competentes seriam os da jurisdição administrativa e fiscal, através dos tribunais tributários<sup>304</sup>. Mais recentemente, no acórdão de 29 de janeiro de 2015 (P. n.º 026/14), o Tribunal voltou a reafirmar que *“a segurança jurídica é um valor a ter em conta, devendo evitar-se, tanto quanto possível, clivagens e fricções sempre perturbadoras da previsibilidade das partes e funcionamento dos tribunais”*; por esse motivo, a *“orientação deste Tribunal de Conflitos vai maioritariamente no sentido da competência do Tribunal Tributário”*.

<sup>303</sup> Curiosamente, esta última decisão tem como relatora a Senhora Juíza Conselheira Fernanda Maças, que afirma que, *“para evitar divergências nesta matéria, limitar-nos-emos a reproduzir o Acórdão n.º 1/14, de 27/3/2014, que segue a jurisprudência uniforme nesta matéria”*. Justifica, portanto, esta mudança de posição com a necessidade de evitar divergências, ainda que subscrevesse a posição defendida no conflito n.º 044/13, 21 de janeiro.

<sup>304</sup> Este entendimento manteve-se nas decisões do Tribunal de Conflitos posteriormente proferidas, de 19 de junho de 2014 (P. n.º 022/14), de 26 de junho de 2014 (P. n.º 021/14), de 30 de outubro de 2014 (P. 047/14), de 13 de novembro de 2014 (P. n.ºs 041/14, 044/14, 043/14) e de 25 de novembro de 2014 (P. 040/14). Conforme se retira da leitura destas decisões, *“a questão que originou o presente conflito não é nova”*, tendo *“este Tribunal de Conflitos vindo a decidir diversos casos de contornos essencialmente iguais aos do presente”* (P. n.º 041/14). Em todos aqueles casos foram julgados competentes os tribunais da jurisdição administrativa e fiscal e dentro destes os tribunais tributários, *“não havendo motivos para alterar esta jurisprudência reiterada”* (P. 026/14).

Neste enquadramento jurisprudencial, e pese embora seja de louvar o consenso alcançado face à suprema importância de preservar a segurança jurídica e de obter uma uniformidade na interpretação e aplicação da lei – que encontra expressa consagração no art. 8.º, n.º 3, do CC <sup>305</sup> – não podemos deixar de expressar as nossas dúvidas sobre a bondade da posição final adotada por este Tribunal.

E essas dúvidas resultam do facto de tendermos a considerar, por um lado, que a natureza da relação jurídica que se estabelece entre a empresa concessionária e o utente do serviço é de natureza privada, na medida em que é uma relação de consumo que não é atingida por uma regulação de direito público<sup>306</sup>, e, por outro lado, que a contraprestação que o utente paga à empresa concessionária constitui o *preço do serviço*, que não tem natureza tributária e que não pode, por isso, ser cobrada através de processo de execução fiscal (nem sequer o concessionário estaria munido de título executivo necessário para o efeito).

Deste modo, e sempre com o devido respeito por contrária opinião, ousamos discordar do entendimento perfilhado pelo Tribunal de Conflitos. Razão por que, partindo dos contornos do problema tal como ele tem surgido nessa instância decisória, ou seja, das principais dúvidas que assomam nas suas diversas decisões, iremos analisar o tipo de relação que se estabelece entre o ente concessionário e o utente do serviço e estudar o tipo de contraprestação pecuniária devida pelo utilizador do serviço público à entidade responsável pela sua gestão.

<sup>305</sup> A este propósito não podemos deixar de citar Alberto dos REIS (*Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, p. 688) quando afirma: “*Que adianta a lei ser igual para todos se for aplicada de modo diferente a casos análogos? Antes a jurisprudência errada, mas uniforme, do que a jurisprudência incerta. Perante jurisprudência uniforme cada um sabe com o que pode contar; perante a jurisprudência incerta, ninguém está seguro do seu direito*”.

<sup>306</sup> A atribuição de competência à jurisdição administrativa e fiscal assenta no pressuposto de que o contrato celebrado entre a Autora e o consumidor é uma relação jurídico-administrativa na modalidade de contrato administrativo. *Vide*, a este propósito, a fundamentação do conflito n.º 031/13.

## Capítulo II: A Natureza da Relação entre Concessionário e Utente

### 1. A Relação de Consumo entre Concessionário e Utente

*“A finalidade e utilidade das discussões sobre a natureza jurídica das relações que se estabelecem entre os utentes e os concessionários de serviços públicos está em chegar ao encontro de um regime jurídico que seja efetivamente válido na prática em relação ao direito dos usuários”<sup>307</sup>.*

Como vimos, o contrato de concessão de serviço público é um contrato administrativo com cláusulas dotadas de eficácia regulamentar, ou seja, o concessionário fica não só obrigado à prestação do serviço pela via contratual como, também, pela via das disposições contratuais dotadas de eficácia normativa<sup>308</sup>. O concessionário terá, portanto, deveres contratuais perante a Administração concedente e deveres regulamentares perante terceiros: *“desde que os terceiros sejam titulares de um direito às prestações em que o serviço público se traduz (estão aqui em causa os utentes), a satisfação desse direito cabe ao concessionário, por força de uma disposição com eficácia regulamentar a que isso o obriga”<sup>309</sup>.*

Uma das especialidades – e dificuldades – de compreensão do regime da concessão de serviços públicos reside precisamente no facto de existir esta *“personagem que não intervém na atribuição dessa posição jurídica, mas que é a razão de ser dela: o utente, utilizador ou cliente do serviço público”<sup>310</sup>*. Ainda que se assista, cada vez mais, ao crescimento e consolidação de uma *“administração por contrato”*, o que é certo é que o direito administrativo tem de responder ao desafio de se adaptar ao ambiente contratual que envolve a vida administrativa. Conforme escreve Pedro Costa Gonçalves, sobretudo ao nível da contratação que confia responsabilidades públicas a privados, a regulamentação substantiva haverá de cuidar dos interesses do chamado *“terceiro oculto”*: o público<sup>311</sup>.

<sup>307</sup> BENALCÁZAR GUERRÓN, Juan Carlos, *La naturaleza jurídica de las relaciones entre los usuarios de los servicios públicos y los concessionarios*, p. 1.

<sup>308</sup> A este propósito, vide GONÇALVES, Pedro Costa, *A Concessão...*, p. 193 e ss. e 315.

<sup>309</sup> *Ibidem*, p. 202 e 203.

<sup>310</sup> *Ibidem*, p. 314.

<sup>311</sup> *A Relação Jurídica Fundada em Contrato Administrativo*, in CJA, n.º 64, 2007, p. 37.

Cumpre, então, analisar o estatuto do utente e o tipo de relação que ele estabelece com o concessionário de serviço público.

As primeiras teorias doutrinárias sobre o serviço público surgiram em França, com a Escola de Bordeaux, que explicavam a posição jurídica dos usuários dos serviços públicos a partir de uma perspectiva de direito público, por contraposição às relações contratuais próprias do direito privado. Os utentes dos serviços públicos seriam, assim, diferenciados relativamente aos clientes dos serviços privados<sup>312</sup>. Só com a posterior construção (já nos anos 20 do século passado), por parte da jurisprudência francesa, de uma categoria de serviços públicos de carácter industrial ou comercial, cujo regime era fixado por regras de direito privado, é que se tornou possível reconhecer estes contratos como verdadeiros contratos de direito privado. Passou, assim, a existir uma dualidade de regimes, estudada e aprofundada pela doutrina, para os chamados serviços administrativos (regulados pelo direito público) e para os serviços público de carácter industrial ou comercial (regulados pelas regras do direito privado)<sup>313</sup>.

Atualmente, apesar de a questão não ser de todo pacífica<sup>314</sup>, é entendimento maioritário da doutrina que a posição do utente de um serviço público

<sup>312</sup> A Revolução Francesa submeteu os serviços públicos ao Direito, de modo que estes passaram a ser considerados a própria razão de ser do Estado. Essa conceção foi adotada pela Escola Francesa do Serviço Público, de Bordeaux, constituída por juristas como Gaston JÈZE, Léon DUGUIT e Rolland BONNARD, que concebiam o serviço público como atividade administrativa e, por conseguinte, vinculada ao poder público. Contudo, esta Escola, que acabou por exercer influência sobre outras, como a Espanhola, incorreu no exagero de explicar todo o Direito Administrativo pelas regras próprias dos serviços públicos. Essa posição doutrinária chocou-se com as primeiras concessões feitas no século XIX, o que levou ao seu reexame, já que se identificava o serviço público com a atividade estatal. A este propósito, *cf.* FILHO, José Soares, *cit.*, p. 101, e FARRANDO, Ismael, *La relación jurídica del usuario con el concesionario de servicios públicos*, in *Los servicios públicos*, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1994, p. 23.

<sup>313</sup> *Vide*, a este respeito, MACHO, Luis Miguel, *Nuevas tendencias en la tutela de los usuarios de los servicios públicos en Italia*, in *RAP*, n.º 142, 1997, p. 573 e ss.

<sup>314</sup> Ainda assim, existem autores que consideram que esta relação entre utente e concessionário deverá ser regulada por regras de direito público. Esta posição é perfilhada nomeadamente por Pedro ESCRIBANO COLLADO (*El usuario ante los servicios públicos: precisiones acerca de su situación jurídica*, in *RAP*, n.º 82, 1997, p. 151) que entende que a situação jurídica do utente do serviço público tem a sua origem e regime jurídico no direito público, ainda que possam ser utilizadas normas de direito privado para regular aspetos concretos do serviço.

concessionado é de direito privado<sup>315</sup>. E mesmo no ordenamento jurídico italiano, onde era comum considerar-se que a posição do utilizador do serviço era regulada pelo direito público<sup>316</sup>, também a doutrina mais atual se tem encaminhado para considerar como sendo de natureza privada as relações de prestação de serviços públicos<sup>317</sup>.

## 2. O Estatuto do Utente do Serviço de Águas

No que respeita ao serviço de fornecimento de água, nos termos do art. 2.º, n.º 4, do DL n.º 379/93, de 5 de novembro – cuja formulação se manteve com a entrada em vigor do DL n.º 92/2013, de 11 de julho<sup>318</sup>, que revogou aquele diploma – são “*considerados utilizadores (...) os municípios, no caso de sistemas multimunicipais, e qualquer pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, no caso de sistemas municipais ou da distribuição direta integrada em sistemas multimunicipais*”.

<sup>315</sup> Neste sentido, vide Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (*La atividade industrial y mercantil de los Municipios*, in RAP, n.º 17, 1955), que afirma precisamente que as relações entre utente e empresa concessionária são “*inequivocamente privadas*”.

<sup>316</sup> Em Itália, apesar de a construção unitária da posição jurídica dos utentes do serviço público ter partido de uma perspetiva jurídico-pública muito semelhante à tese da Escola Francesa do serviço público, ainda assim o critério que permitiu distinguir a natureza pública ou privada da posição dos utentes do serviço acabou por ser distinto. O que sucedeu na prática foi que o regime de direito público seria aplicado aos serviços que tivessem sido assumidos primeiramente pelo poder público e que seriam geridos de modo direto pela Administração, enquanto que nos serviços mais recentes geridos, ainda que temporariamente, por concessionários privados valeriam já as regras do direito privado no que toca ao estatuto do utente do serviço. Renato ALESSI (*Le prestazioni amministrative rese ai privati – teoria generale*, Milão, 1946, p. 249 e ss.) chegava a defender que apenas os serviços prestados por entes públicos económicos que sujeitassem a sua atividade ao direito privado podiam estabelecer relações de carácter jurídico-privado com os utentes do serviço. A experiência italiana demonstra precisamente as dificuldades de compreensão da natureza da relação jurídica que se estabelece entre o utente e o concessionário do serviço público. Depois de décadas de reorganização da gestão dos serviços públicos é que, finalmente, se começou a prestar uma atenção específica ao aperfeiçoamento e atualização do regime jurídico aplicável aos utentes do serviço.

<sup>317</sup> GONÇALVES, Pedro Costa, *A Concessão...*, p. 318, n.r. n.º 474, e MACHO, Luis Miguel, *cit.*, p. 571 e ss.

<sup>318</sup> Diploma que define o regime de exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, de recolha, tratamento e rejeição de efluentes e de recolha e tratamento de resíduos sólidos.

Nestes termos, no caso dos sistemas multimunicipais, os utentes são, por via de regra<sup>319</sup>, os municípios, enquanto nos sistemas municipais os utentes são qualquer pessoa singular ou coletiva, pública ou privada.

Todavia, o que aqui nos interessa, face às particularidades dos casos em estudo, são as relações que se estabelecem entre os concessionários do serviço público (mediante concessão do município) e os utentes do serviço enquanto consumidores finais.

No sentido de compreender a posição que o utente assume atualmente, torna-se necessário analisar o modo como ele se encontra tutelado na legislação nacional: por um lado, na Lei n.º 24/96, de 31 de julho (LDC)<sup>320</sup>, que estabeleceu o regime legal aplicável à defesa dos consumidores, e, por outro, na Lei n.º 23/96, de 26 de julho, que, como vimos, classificou os serviços de fornecimento de água como serviços públicos essenciais, nos termos do art. 1.º, n.º 2, al. a).

Tal como prevê o art. 2.º, n.º 1, da LDC, “*considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios*”, sendo incluídos no âmbito desta lei “*os bens, serviços e direitos fornecidos, prestados e transmitidos pelos organismos da Administração Pública, por pessoas coletivas públicas (...) e por empresas de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo Estado, pelas Regiões Autónomas ou pelas autarquias locais e por empresas concessionárias de serviços públicos*” (art. 2.º, n.º 2)<sup>321</sup>.

<sup>319</sup> Dizemos por via de regra porque a norma acarreta dúvidas em relação à “*distribuição direta integrada em sistemas multimunicipais*”, já que aí se prevê que também poderão ser pessoas singulares utentes do serviço. Neste âmbito, coloca-se, desde logo, a questão de saber se a abertura à distribuição direta seria compatível com a natureza grossista dos sistemas multimunicipais, como salientam Vital MOREIRA e Fernanda Paula OLIVEIRA (*cit.*, p. 47 e ss.). Para os autores, a possibilidade de um sistema multimunicipal poder servir diretamente pessoas singulares ou coletivas, públicas ou privadas, deveria ser compreendida de um modo excecional, ou seja, os utilizadores não municipais teriam de ser utilizadores que justificassem o seu relacionamento direto com os sistemas em “*alta*” criados pelo Estado (por exemplo, utilizadores de grandes indústrias ou grandes explorações agro-industriais).

<sup>320</sup> Com as últimas modificações legislativas da Lei n.º 10/2013, de 28 de janeiro.

<sup>321</sup> Também em Espanha a Lei Nacional de Defesa do Consumidor especifica no seu art. 1.º a tutela dos consumidores de serviços de natureza pública, prevendo nos arts. 27.º a 31.º os direitos específicos destes utentes. *Vide*, a este propósito, ECHEVESTI, Carlos Alberto,

Por seu turno, a Lei n.º 23/96, de 26 de julho, consagra as “*regras a que deve obedecer a prestação de serviços públicos essenciais em ordem à proteção do utente*”, esclarecendo que o serviço de fornecimento de água é um dos “*serviços públicos abrangidos*”<sup>322</sup>. O facto de esta última lei não identificar o utente com o consumidor – já que o diploma não quis restringir o seu âmbito de aplicação ao conceito de consumidor final constante da Lei n.º 24/96, de 31 de julho – poderia significar, em ultima análise, a aplicação deste regime às autarquias locais quando estas se assumissem, simultaneamente, como utentes e prestadoras do serviço (no caso dos sistemas multimunicipais). No entanto, sabendo que o objetivo do diploma foi diminuir o crescente desequilíbrio criado pela falta de poder negocial dos consumidores, deve entender-se, como aliás o faz Fernanda Maças, que o que a Lei n.º 24/96 pretendeu foi tutelar a relação entre o prestador e o utente que visa satisfazer as suas próprias necessidades, profissionais ou domésticas, excluindo-se, assim, os municípios<sup>323</sup>.

*El servicio público. Los derechos del usuario. La motorización por la vía del amparo ya la reciente ley de protección al consumidor*, in *Derecho del Consumidor*, editorial jùris, n.º 4, 1994, p. 26 e ss.

<sup>322</sup> A Lei n.º 23/96 criou mecanismos destinados proteger o utente de serviços públicos essenciais, que se caracterizam por estabelecer uma disciplina regulatória assente em garantir, designadamente, o direito de participação das organizações representativas dos utentes (art. 2º), o dever de informação, recaindo sobre o prestador o dever de informar, de forma clara e conveniente, a outra parte das condições em que o serviço é fornecido e a prestar-lhe todos os esclarecimentos que se justifiquem (art. 4º); o cumprimento das regras sobre a suspensão do serviço, estatuinto-se, designadamente que o mesmo não pode ser suspenso sem pré-aviso adequado (art. 5º); a sujeição da prestação do serviço a padrões de qualidade (art. 7º); a proibição da imposição e cobrança de consumos mínimos (art. 8º, n.º 1), entre outros.

<sup>323</sup> Concordamos inteiramente com Fernanda MACÁS, (*São os Municípios utentes de serviços públicos essenciais?*, in *DRL*, n.º 4, 2008), quando defende que os municípios, quando utilizadores do serviço, não são tutelados por esta lei. Com efeito, o problema deste conceito amplo de utente da Lei n.º 23/96, de 26 de julho, tal como explica a autora, coloca-se sobretudo no âmbito das relações entre as entidades gestoras dos sistemas multimunicipais de águas e resíduos com os municípios utilizadores em “alta”, já que nestes sistemas multimunicipais, os utilizadores do serviço seriam os próprios municípios que, por sua vez, são também fornecedores/distribuidores desse mesmo serviço. Nestas situações os municípios utilizadores não podem ser qualificados como utentes para efeitos da Lei n.º 23/96, ainda que ligados à concessionária do sistema multimunicipal por um contrato de fornecimento, já que não se verifica a tal fragilidade que caracteriza a relação entre consumidor e fornecedor do serviço que está presente na relação entre utente e prestador de serviço essencial. Nem a esta leitura obstam as recentes alterações à Lei n.º 23/96, operadas pelas Lei n.º 12/2008, de 26 de fevereiro e Lei n.º 10/2013, de 28 de janeiro. Esta posição, já assumida pelo STA no acórdão de 3 de novembro de 2004 (P. 033/04) foi entretanto seguida pelo TCAS no acórdão de 19 de

Concordamos, pois, com Carlos Ferreira de Almeida quando advoga que, estando em causa contratos de concessão pela Administração Pública ou contratos de fornecimento à Administração, a lei eliminou todos os vestígios de poderes autoritários do fornecedor, substituindo-os por regras de proteção do utente, e criou regras de organização, funcionamento e atuação concorrencial que se mostram incompatíveis com a integração na atividade administrativa<sup>324</sup>. Para além disso, e como explica o autor, a natureza administrativa destes contratos não é compatível com o princípio da neutralidade que, admitindo embora a natureza pública de alguns fornecedores, não pode conviver com certos princípios da atividade administrativa, tais como a tutela e o recurso hierárquico.

Temos, assim, que o utente do serviço público de fornecimento de água – desde que não seja o próprio município – deverá ser considerado consumidor, e que a relação entre prestador e utente do serviço será uma relação de consumo.

Contudo, ainda que inseridas no âmbito dos contratos de consumo, torna-se necessário tomar em consideração que estas relações concessionário/utente não podem ser tidas como relações de *puro* direito privado. Na verdade, muitas das disposições que fixam as regras de prestação dos serviços aos utentes (e que podem assumir natureza legal ou regulamentar) são de direito público<sup>325</sup>.

janeiro de 2012 (P. 06933/10), onde se considerou que “o DL 23/96 de 26/07 não é aplicável ao fornecimento de água a uma autarquia por parte de um concessionário”, e no acórdão do Tribunal de Conflitos de 9 de dezembro de 2013 (P. 024/14) onde se decidiu de um modo expresse que “nas relações entre as entidades gestoras dos sistemas multimunicipais de águas e resíduos com os municípios utilizadores em “alta”, os municípios utilizadores, ainda que ligados à concessionária do sistema por um contrato de fornecimento ou de recolha de efluentes, não podem ser qualificados como utentes para os efeitos da Lei nº 23/96, uma vez que são eles simultaneamente os fornecedores dos municípios em baixa”.

<sup>324</sup> *Serviços Públicos, Contratos Privados*, in *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2002, p. 122 e 123. O autor exclui, assim, deste regime de direito privado, tal como nos parece adequado, os contratos de prestação de serviços pela Administração.

<sup>325</sup> Cf. GONÇALVES, Pedro Costa, *A Concessão...*, p. 318. Nas palavras de Sandie HILLON (*De L'Usager au Consommateur: une évolution de l'ouverture du service public à la concurrence?*, in *Concurrence et Services Publics: enjeux et perspectives*, Rennes: Presses Universitaires de Rennes, 2002, p. 293 e 294) “concorrência e consumerismo são dois fatores de melhora da produtividade e da eficiência dos serviços públicos, mas eles também podem ser fatores de desequilíbrio, de descontinuidade e de desigualdade”.

Parece-nos, portanto, que as relações entre utente do serviço e concessionário assumem uma natureza mista. Repetindo as palavras de Ismael Farrando, estamos perante “*uma relação jurídica de carácter misto (contratual-regulamentar); de uma parte tem uma clara natureza pública, já que está totalmente submetida à regulamentação pública do serviço, e nesses aspetos está sob a vigilância e proteção da Administração (...), por outra parte, se entra nesta situação regulamentar mediante um contrato entre duas partes – ambas privadas –, que, como tal, tem natureza civil, e assim deve ser entendido em todos os aspetos que não afetarem a situação regulamentar (...)*”<sup>326</sup>.

A prestação dos serviços públicos, especificamente quando concessionados, fica, assim, regida em parte por um estatuto de regulamentação pública; mas só se penetra na incidência desse estatuto mediante a celebração de um contrato de prestação de serviços entre dois particulares (utente e concessionário), que será de natureza civil em todos os aspetos que não contrariem a situação estatutária<sup>327-328</sup>.

### 3. Posição Perfilhada

Neste contexto, não podemos deixar de concordar com a posição vertida no mencionado voto de vencido lavrado no acórdão prolatado no conflito n.º 045/13, onde se pode ler que “*por decorrência do preceituado nos arts. 212.º,*

<sup>326</sup> Cit., p. 35 e 36.

<sup>327</sup> Neste sentido também se pronuncia Roberto DROMI (*Derecho Telefónico*, Buenos Aires: ed. Ciudad Argentina, 1998, p. 59), que entende que “*o usuário (ou cliente ou consumidor) se encontra unido à prestadora do serviço por um contrato (...). Deste modo, a relação jurídica que mantém com a empresa que gere o serviço é contratual. Todavia, a necessidade ou o interesse público que deve ser satisfeito através do serviço público justificam que o seu regime jurídico (marco regulatório, ordenação e organização, fiscalização e regime sancionatório) seja estabelecido pelo Estado. Na relação jurídica contratual que se produz entre os usuários ou clientes e as empresas prestadoras privadas, o regime jurídico apresenta características mistas, correspondendo à aplicação do Direito Privado, sem prejuízo dos aspetos de Direito Administrativo, e do marco regulatório especial que rege justamente por se tratar de serviço público*”.

<sup>328</sup> Sobre a regulação administrativa dos contratos de consumo, cf. FRISON-ROCHE, *Contrat, concurrence, regulation*, in RTDC, n.º 7, 2004, p. 466 e ss; BELLANTUONO, Giuseppe, *Contratti e regolazione nei mercati dell'energia*, Bologna: Società Editrice il Mulino, 2009, p. 307 e ss.; PIZZOLATO, Filippo, *Autorità e consumo: diritti dei consumatori e regolazione del consumo*, Milano: Giuffrè Editore, 2009, p. 1 e ss, e 77 e ss.

*n.º 3, da CRP e 1.º, n.º 1, do ETAF, essencial para se determinar a competência dos tribunais administrativos é a existência de uma relação jurídica administrativa”, o que não se verificava no caso dos autos. É certo que é prosseguida uma finalidade pública, mas “a relação jurídica ajuizada não tem natureza administrativa, porquanto nenhum dos respetivos sujeitos tem a natureza de entidade pública”, e, para além disso, a entidade concessionária, com o desenvolvimento de concessionada atividade de fornecimento de água, “não visa – ao contrário do que ocorre com o município concedente que o tem a seu cargo – a satisfação do correspondente interesse público, antes persegue o que caracteriza a sua natureza de sociedade comercial – anónima, no caso –: a obtenção de lucros que dividirá entre os seus acionistas (...), não tendo, pois, como móbil da respetiva atuação a satisfação do mencionado interesse público, ainda que este acabe por ser concretizado através daquela”.*

Por conseguinte, a inserção destes litígios no âmbito da jurisdição administrativa e fiscal só poderia ser feita com recurso à alínea f) do art. 4.º, n.º 1, do ETAF, onde se determina que compete aos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal a apreciação de litígios que tenham por objeto “*contratos especificamente a respeito dos quais existam normas de direito público que regulem aspetos específicos do respetivo regime substantivo*”<sup>329</sup>.

Concordamos, no entanto, com a Senhora Juíza Conselheira Fernanda Maçãs – Relatora do processo – quando afirma que, apesar de os contratos de fornecimento de água serem densamente regulados, as regras legais que visam proteger o utente, nomeadamente, como vimos, as previstas na Lei

<sup>329</sup> Neste sentido já se havia pronunciado Pedro Costa GONÇALVES (*Jurisdição competente para apreciar ações sobre contratos de fornecimento de água*, Parecer Jurídico, Coimbra, Novembro de 2012), considerando que quer a norma contida na al. b) quer a norma da al. e) do n.º 1 do art. 4.º do ETAF “*não têm qualquer aptidão para reconduzir à jurisdição administrativa a apreciação de litígios sobre contratos de fornecimento de água*”. Já a al. f) deste n.º 1 apresenta-se como uma “*disposição mais complexa do que as anteriores, que procura estabelecer um link entre o próprio contrato e o Direito Administrativo*”, não existindo “*qualquer alusão aos antecedentes do contrato, seja ao ato administrativo no qual aquele se fundou, seja ao procedimento pré-contratual*”. Com base nesta disposição, considera o autor que são “*critérios de justiciabilidade administrativa*” do contrato: “*i) possuir o contrato um objeto passível de ato administrativo*”; e “*ii) ser o contrato objeto de uma regulamentação específica de direito público*”. No entanto, e ainda que não restem dúvidas que o contrato de fornecimento de água é objeto de uma regulação específica, está “*longe de se poder considerar a regulação que atinge esse contrato uma regulação baseada em normas de direito público. Com efeito, o valor que inspira uma tal regulação é, claramente, a proteção do consumidor no contexto de uma relação de consumo de um serviço público essencial*”.

n.º 23/96, de 26 de julho, não são normas de direito público<sup>330</sup>. Existe efetivamente regulação, mas ela baseia-se na “*proteção do consumidor no contexto de uma relação de consumo de um serviço público essencial*”: o contrato é regulado mas no âmbito do direito privado. Razão por que seriam competentes os tribunais judiciais<sup>331</sup>, que possuem uma jurisdição residual, determinada de forma negativa, e que compreende “*todas as áreas não atribuídas a outras ordens jurisdicionais*” (art. 211.º, n.º 1, da CRP).

Perante esta linha argumentativa, seríamos obrigados a sufragar o entendimento de que os tribunais competentes seriam os tribunais comuns, tendo em conta que nos termos do art. 202.º da CRP e do art. 1.º do ETAF, os tribunais da jurisdição administrativa e fiscal são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo nos *litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais*.

Todavia, sabido que os tribunais da jurisdição administrativa e fiscal são competentes para cobrar todas as dívidas tributárias (que compreendem *impostos, taxas e demais contribuições financeiras a favor de entidades públicas*, em conformidade com o disposto no art. 3.º da LGT), torna-se crucial saber se nos casos em análise a obrigação pecuniária em dívida reveste natureza tributária (por ter, designadamente, natureza de taxa), pois que se assim for torna-se indubitável, face ao disposto no art. 162.º do CPPT, que a sua cobrança deve ser feita através de processo de execução fiscal, da competência dos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal, mais propriamente dos tribunais tributários (art. 148.º do CPPT).

<sup>330</sup> Como vimos *supra*, a resposta será diferente no caso dos sistemas multimunicipais, já que aí os utilizadores do serviço serão os próprios municípios que, por sua vez, são também fornecedores do mesmo serviço.

<sup>331</sup> Rodrigo GOUVEIA (*cit.*, p. 31 e 32), apesar de não aprofundar a questão, chega a defender, com base na supremacia que se verifica na relação entre os profissionais do setor e os consumidores, que os litígios resultantes destes contratos de consumo se devem afastar dos meios judiciais comuns. O autor defende, pois, que seria fundamental estabelecer uma resolução alternativa de conflitos, que não implicasse custos elevados e que fosse levada a cabo mediante processos e procedimentos simples e céleres.

### Capítulo III: Obrigação das Partes: Em Especial a Obrigação de Pagamento do Preço Devido

Considerada que foi a natureza das relações jurídicas subjacentes ao contrato de concessão de serviços públicos, mormente a relação entre utente e concessionário, cumpre tratar agora de questão conexa e de relevo fundamental: a obrigação de pagamento da quantia pecuniária por parte do utente do serviço.

Como bem se compreende da análise jurisprudencial enunciada e dos contornos que a questão assumiu ao nível do Tribunal de Conflitos, atribuir competência aos tribunais judiciais ou aos tribunais tributários relativamente a litígios que envolvam a falta de pagamento do serviço prestado pelo concessionário (*in casu*, concessionário de serviço público de abastecimento de água) implica saber se esta obrigação pecuniária tem a natureza de *taxa* ou, antes, a natureza de um *preço*.

Começemos, então, por analisar o regime dos preços municipais.

#### 1. Os Preços Municipais

Como é sabido, a figura dos tributos tem sido objeto de uma divisão dicotómica, que os divide em tributos unilaterais ou impostos e tributos bilaterais ou taxas: os impostos “*obedecem ao exigente princípio da legalidade fiscal e a sua medida tem por base o princípio da capacidade contributiva*”, enquanto as taxas se bastam com a “*reserva à lei parlamentar (ou decreto-lei parlamentarmente autorizado) do seu regime geral e a sua medida assenta no princípio da proporcionalidade taxa/prestação estadual proporcionada ou taxas/custos específicos causados à respetiva comunidade*”<sup>332</sup>. Contudo, existem outras figuras tributárias, como os *preços municipais*, cuja dificuldade de compreensão – e distinção relativamente ao regime das *taxas* – se coloca precisamente no âmbito dos serviços públicos prestados a nível local<sup>333</sup>.

<sup>332</sup> Deixamos, assim, de lado uma visão tripartida ou ternária, que inclui as contribuições ou tributos especiais ao lado dos impostos e das taxas. *Vide*, a este propósito, NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal*, 6.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina, 2010, p. 20 e ss.

<sup>333</sup> Conforme explica Sérgio VASQUES (*Regime das Taxas Locais: introdução e comentário*, Coimbra: Almedina, 2008, p. 13), “*ao longo do século vinte, enquanto os impostos, assentes no princípio*

Com efeito, a atividade de exploração de sistemas municipais ou intermunicipais de abastecimento público de água é um dos setores a que respeitam os preços e demais instrumentos de remuneração a cobrar pelos municípios, tal como dispõe o art. 21.º, n.º 3, al. a) da Lei n.º 73/2013, de 3 de setembro, que estabelece o regime financeiro das autarquias locais e das entidades intermunicipais. Estes preços serão, pois, “*relativos aos serviços prestados e aos bens fornecidos em gestão direta pelas unidades orgânicas municipais, pelos serviços municipalizados e por empresas locais*”, não devendo “*ser inferiores aos custos direta e indiretamente suportados com a prestação desses serviços e com o fornecimento desses bens*”, tal como resulta da letra da lei<sup>334</sup>.

Ora, a LFL de 1998 (Lei n.º 42/98, de 6 de agosto) referia-se, nos seus arts. 19.º e 20.º, a *taxas e tarifas e preços*, respetivamente. No entanto, tanto num caso como no outro, o que estavam em causa eram taxas consideradas em sentido lato, tal como preconizava Casalta Nabais<sup>335</sup>, já que partiam do mesmo pressuposto de facto: a prestação concreta de um serviço público. Assim sendo, quer as *taxas* quer as *tarifas e preços* se integravam na categoria geral de taxa, concebida como tributo bilateral<sup>336</sup>. E este entendimento não se alterou com a entrada em vigor da LFL de 2007 (Lei n.º 2/2007, de 15 de janeiro), pese embora a letra da lei.

*da capacidade contributiva, dominaram os sistemas fiscais modernos, as finanças locais mostraram-se uma das poucas áreas em que a ciência económica e financeira reconhecia utilidade às taxas, assentes no princípio da equivalência, pela grande proximidade das autarquias junto às populações, agarradas muito de perto às suas preocupações e conhecedoras do custo e valor das prestações que lhe dirigem. Esta associação das taxas às finanças locais não perdeu atualidade com o terminar do século vinte, bem pelo contrário, veio a ganhá-la por força da tendência recente de transferir poderes tributários da administração central para as comunidades territoriais infra-estaduais, construindo-se assim sistemas tributários marcados pelos princípios da descentralização e da subsidiariedade”.*

<sup>334</sup> No entanto, este requisito de que não se deve cobrir todo o custo de produção com o produto da taxa é de “*duvidosa aceitabilidade*”, como já Almeida GARRET (*Economia e Finanças Públicas*, Lições Policopiadas, 1988/1989, p. 29 e ss) entendia. Na opinião do autor, o quantitativo da taxa “*não é um elemento essencial do conceito, desde que verificadas as outras duas características*”.

<sup>335</sup> O regime das finanças locais em Portugal, in *Separata do BFD*, n.º 80, 2004, p. 37 e 38. As *taxas* seriam tidas como *taxas stricto sensu* enquanto que as *tarifas e preços* estariam englobadas pelo conceito de taxa em sentido amplo.

<sup>336</sup> Nas palavras de Teixeira RIBEIRO (*Noção jurídica de taxa*, in *RLJ*, n.º 3727, 1985, p. 294), “*a taxa pode ser alternativamente definida ou como a quantia coativamente paga pela utilização individualizada de bens semipúblicos, ou como o preço autoritariamente fixado de tal utilização*”.

Na verdade, e ainda que a nova LFL tenha suprimido qualquer referência à expressão *tarifas*<sup>337</sup>, referindo-se tão só a *taxas dos Municípios e preços*, nos termos dos arts. 15.º e 16.º, o certo é que ainda assim estes *preços* não perderam a sua natureza jurídico-tributária, sendo incluídos na categoria mais abrangente de *taxas lato sensu*<sup>338</sup>. Estes *preços* distinguem-se, assim, das *taxas stricto sensu* por não terem de ser estabelecidas por Assembleia Municipal, podendo ser fixadas pela Câmara Municipal, e por não deverem ser inferiores ao custo que, direta e indiretamente, são suportados com a prestação dos serviços e com o fornecimento dos bens que os originam<sup>339-340</sup>.

Neste contexto, bem se compreende que tanto as *taxas stricto sensu* como os *preços* poderão ser cobrados de um modo coercivo pelo município por via do processo de execução fiscal. Se ninguém questiona esse facto relativamente às *taxas*, já que a lei expressamente o admite, também as dúvidas que eventualmente persistam em relação aos *preços* devem ser dissipadas.

O art. 15.º, al. c), da Lei n.º 73/2013, de 3 de setembro, repetindo o que constava do art. 11.º da LFL de 2007, determina precisamente que “os municípios dispõem de poderes tributários relativamente a impostos e outros tributos a cuja receita tenham direito, nomeadamente (...) possibilidade de cobrança coerciva de impostos e outros tributos a cuja receita tenham direito, nos termos a definir por diploma próprio”. Assim, e sabendo que as *taxas* (consideradas em sentido estrito)

<sup>337</sup> Questão bem mais complexa prende-se com a natureza jurídica das *tarifas*, que tanto se podem reconduzir a um tipo especial de *taxas*, como defende José Casalta NABAIS, como podem ser tidas como normas regulamentares que fixam *preços* e *taxas* e que regem a sua aplicação, tal como preconiza Alberto XAVIER (*Manual de Direito Fiscal*, vol. I, Lisboa, 1985, p. 59). As *tarifas* podem ser ainda caracterizadas como a quantia fixada por lei ou pela Administração que o utente paga pelo serviço; neste sentido, pode ter a natureza de taxa ou de preço. Esta é a posição de FERNÁNDEZ, Martín, *Tasas y precios publicos en el derecho español*, Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 216.

<sup>338</sup> O novo diploma apenas operou, neste domínio, uma alteração nominal, já que estes *preços* não perdem a sua qualidade de *preços autoritariamente fixados*, não deixando de ser tratados como tributos, tal como já o eram em face da legislação anterior. Para mais desenvolvimentos, vide MAGALHÃES, António Malheiro de, *O regime jurídico dos preços municipais*, Coimbra: Almedina, 2012, p. 33 e ss.

<sup>339</sup> Nas palavras de José Casalta NABAIS (*Direito...*, p. 31 e 31), estes *preços* são “*taxas (economicamente) equivalentes*”.

<sup>340</sup> Esta nomenclatura manteve-se com a entrada em vigor da Lei n.º 73/2013, de 3 de setembro, que procedeu á revogação da Lei n.º 2/2007. Esta nova lei continua a distinguir apenas as *taxas dos municípios* (no seu art. 20.º) dos *preços* (art. 21.º).

são indiscutivelmente tributos dos municípios, então, e nos termos da al. a) do n.º 2 do art. 148.º do CPPT, poderá ser instaurado processo de execução fiscal com vista à cobrança destas receitas municipais<sup>341</sup>.

Já no que toca aos *preços municipais*, mesmo que a resposta não seja tão evidente, ainda assim, e conforme afirma Casalta Nabais, deverá valer um “*regime jurídico-legal idêntico ao das taxas stricto sensu, se bem que dotado de algumas particularidades*”<sup>342</sup>. Deste modo, e concordando com o entendimento perfilhado por António Malheiro de Magalhães, se estes preços são incluídos na categoria de taxas *stricto sensu*, ou seja, se se considera que possuem uma natureza jurídico-tributária, então não se vislumbra qualquer impedimento a que lhe sejam aplicado idêntico regime jurídico legal, nomeadamente ao nível da execução fiscal<sup>343</sup>. Nas palavras de Marcello Caetano, o “*preço pago pelas prestações fornecidas por serviços públicos geridos diretamente por pessoas coletivas de direito público têm a natureza jurídica de taxas e nessa qualidade está sujeito ao regime de cobrança de receitas fiscais*”<sup>344</sup>.

<sup>341</sup> Ainda que o art. 148.º, no seu n.º 1, do CPPT preveja que “o processo de execução fiscal abrange a cobrança coerciva das seguintes dívidas: a) Tributos, incluindo impostos aduaneiros, especiais e extrafiscais, taxas, demais contribuições financeiras a favor do Estado, adicionais cumulativamente cobrados, juros e outros encargos legais (...)” e no seu n.º 2, al. a), se refira apenas à cobrança coerciva de “outras dívidas ao Estado e a outras pessoas coletivas de direito público que devam ser pagas por força de ato administrativo”, é entendimento pacífico na doutrina que aqui deverão ser incluídas as taxas devidas aos municípios. Conforme advoga António Malheiro de MAGALHÃES (*cit.*, p. 49 e 59), apesar de a letra da lei apenas se referir a taxas e demais contribuições financeiras a favor do Estado, omitindo qualquer alusão às taxas e demais contribuições financeiras a favor de pessoas coletivas públicas (onde se incluiriam os municípios), “*não faria sentido que o legislador consagrasse a possibilidade de tais dívidas virem a ser coercivamente cobradas em sede de execução fiscal (...) e tivesse a intenção de excluir do mesmo meio processual a cobrança de dívidas tributárias aos municípios, resultantes de taxas e demais contribuições financeiras a seu favor*”. Também este sentido, vide Nuno de Oliveira GARCIA (*Contencioso de Taxas: Liquidação, audição e fundamentação*, Coimbra: Almedina, 2011, p. 35 e ss.), que explica que não tendo sido ainda aprovado o Regime Geral das Taxas, “*as normas da LGT devem aplicar-se – e têm mesmo que se aplicar, na ausência de normas especiais – às taxas e contribuições*”.

<sup>342</sup> *A autonomia financeira das autarquias locais*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 53.

<sup>343</sup> Naturalmente que a questão assume uma maior complexidade do que aquela que aqui lhe pretendemos dar, já que se torna necessário compreender o regime consagrado na RG-TAL, bem como o Regime Jurídico das Autarquias Locais. No entanto, por se situar fora do núcleo da questão aqui a tratar, não será desenvolvida. No entanto, sobre o assunto, vide MAGALHÃES, António Malheiro de, *cit.*, p. 51 e ss.

<sup>344</sup> *Manual de Direito Administrativo...*, p. 1067 a 1069.

No entanto, se a questão nos parece relativamente simples de solucionar quando está em causa uma *taxa* ou um *preço* a ser cobrado pelo município prestador do serviço – na medida em que concordamos com a inclusão destes dois conceitos na categoria geral de taxas em sentido amplo – já quando o serviço é prestado por empresa concessionária o problema assume outros contornos.

## 2. O Preço do Serviço Concessionado

Os serviços de interesse geral – enquanto serviços essenciais à vida, saúde, e participação social dos cidadãos – para além de deverem ser prestados segundo os princípios da igualdade e adaptabilidade, devem ainda cumprir o princípio da universalidade: devem ser prestados a todos os cidadãos e mediante preço razoável<sup>345</sup>. Com efeito, apesar de o acesso à água se assumir, cada vez mais, como um direito fundamental do Homem, o certo é que daí não decorre a sua gratuitidade, a qual seria, aliás, inviável, não só por motivos de eficiência e eficácia, como por motivos de equidade, na medida em que uma política de preços muito reduzidos, que obrigasse a uma transferência de todo o esforço financeiro para o Estado, seria iníqua e inoportável<sup>346</sup>.

Este preço, que visa assegurar o financiamento da atividade, assume importância significativa quer para os fornecedores do serviço (por poder implicar o desenvolvimento de uma atividade não rentável) quer para os consumidores enquanto “*elo final da cadeia de consumo*”<sup>347</sup>.

Como ensina Pedro Costa Gonçalves, ainda que tradicionalmente a doutrina entendesse que as quantias a pagar pela prestação do serviço público revestiam a natureza de *taxas*, ou seja, seriam encargos ou contrapartidas de natureza fiscal ou tributária, atualmente deve considerar-se que, a menos que a lei disponha inequivocamente de modo diverso, a contrapartida a pagar ao

<sup>345</sup> Estes princípios decorrem do princípio geral da boa fé previsto no art. 3.º da Lei n.º 23/96, que estipula que “*o prestador do serviço deve proceder de boa fé e em conformidade com os ditames que decorram da natureza pública do serviço (...)*”.

<sup>346</sup> IRAR, *Série textos sobre regulação*, vol. I, p. 2.

<sup>347</sup> GOUVEIA, Rodrigo, *cit.*, p. 34 e 35.

concessionário tem a natureza de um *preço*<sup>348</sup>. O preço que o utente paga ao concessionário será, portanto, uma prestação pecuniária pela contraprestação de bens (e serviços) públicos, que dá lugar a uma relação de compra e venda<sup>349</sup>.

Como tivemos oportunidade de analisar, a gradual privatização organizatória e formal das atividades de produção, gestão e prestação de serviços públicos essenciais, nomeadamente ao nível da Administração Pública Municipal, fez com que os serviços públicos pudessem passar a ser prestados por uma entidade pública ou por uma pessoa privada, “*em função do regime legal entendido (politicamente) como o mais adequado*”<sup>350</sup>. Nessa medida, e como também vimos *supra*, o que passa a existir entre o concessionário e o utente do serviço público é uma relação de direito privado, baseada num contrato de direito privado.

Assim, e contrariamente ao que se passa a nível de preços municipais, onde a contraprestação assume natureza tributária, que permite o recurso imediato ao processo de execução fiscal, já nos serviços que passaram para a gestão privada (designadamente por via da concessão) a perda da natureza tributária da obrigação pecuniária em cobrança passou a inviabilizar, em caso de incumprimento pelo utente, o recurso ao processo de execução fiscal<sup>351</sup>.

A quantia que o utente paga ao concessionário deixa, assim, de ser considerada como *taxa*, ou seja, como uma “*prestação devida como retribuição de serviços individualmente prestados, da utilização de bens do domínio público ou da remoção de limites jurídicos à atividade dos particulares*”, como definida por Teixeira Ribeiro<sup>352</sup>, para ser considerada um *preço*.

No entanto, este preço não terá necessariamente que se formar segundo as regras de mercado. Como vimos, por via de regra, o preço é determinado pelo concessionário segundo critérios pré-estabelecidos por via administrativa, que podem constar de um regulamento autónomo de contrato (a tarifa) ou do

<sup>348</sup> A Concessão..., p. 319 e 320. Nas palavras do autor, “*a contrapartida não tem natureza tributária quando está em causa o pagamento do serviço prestado ou do fornecimento efetuado pelo concessionário, isto é, quando está em causa a relação de prestação do serviço público*”.

<sup>349</sup> Neste sentido, MAGALHÃES, António Malheiro de, *cit.*, p. 9.

<sup>350</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>351</sup> Cf. GONÇALVES, Pedro Costa, *O utente do serviço público de telecomunicações*, Coimbra, 1995, p. 28.

<sup>352</sup> *Cit.*, p. 291.

próprio contrato de concessão; contudo, o preço poderá ser igualmente fixado por convenção administrativa multilateral ou até pela entidade reguladora<sup>353</sup>.

Destarte, e conforme defendem Pedro Costa Gonçalves e Licínio Lopes Martins, do mesmo modo que não se pode advogar a natureza de taxa nas situações em que vigore um princípio de liberdade tarifária do concessionário, ao abrigo do qual este possa fixar unilateralmente os preços dos serviços, também quando estes são fixados por via administrativa ou por deliberação de autoridade reguladora a quantia a pagar pelo serviço prestado pelos utentes tem a natureza de um *preço*. Só assim não será quando a lei disponha em contrário: “*e mesmo neste caso deve exigir-se uma disposição expressa e inequívoca, uma vez que não raras vezes as qualificações legislativas se encontram desprovidas de rigor técnico*”<sup>354</sup>.

Assim, e voltando à questão em análise, não poderíamos estar mais de acordo com António Malheiro de Magalhães quando afirma que “*o processo de execução fiscal será, pois, o meio jurisdicional específico que a lei contempla e que, em princípio, coloca tão só ao dispor do Estado e de outras pessoas coletivas de direito público para procederem à cobrança coerciva de tributos, bem como de outras dívidas, nos casos em que a lei assim expressamente dispuser (art. 148.º do CPPT)*”<sup>355</sup>.

Este entendimento, que vai contra o que foi preconizado pelo Tribunal de Conflitos e também pelo STA<sup>356</sup>, parece-nos sem dúvida o mais acertado. A empresa concessionária não deixa de ser uma entidade privada, mesmo que desenvolva uma atividade materialmente administrativa, como é a prestação de um serviço público essencial aos utentes. E ainda que tal prestação esteja sob responsabilidade, garantia ou regulação por parte da Administração Pública (em sentido organizatório), está excluída, de um modo geral,

<sup>353</sup> Cf., a este propósito, GONÇALVES, Pedro Costa, *A Concessão...*, p. 320 e 321.

<sup>354</sup> *Cit.*, p. 293 e 294.

<sup>355</sup> *Cit.*, p. 70 e 71.

<sup>356</sup> Em 2012, o Pleno da Secção do Contencioso Tributário do STA proferiu decisão onde considerou que, no domínio de vigência da LFL de 2007 e do DL n.º 194/2009, de 20 de agosto, “*cabe na competência dos tribunais tributários a apreciação de litígios emergentes da cobrança coerciva de dívidas a uma empresa municipal provenientes de abastecimento público de águas, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos, uma vez que, o termo “preços” utilizado naquela Lei equivale ao conceito de “tarifas” usado nas anteriores Leis de Finanças Locais e a que a doutrina e jurisprudência reconheciam a natureza de taxas, pelo que podem tais dívidas ser coercivamente cobradas em processo de execução fiscal*” (acórdão do STA de 10 de abril de 2013, P. 015/12).

do âmbito de aplicação do processo de execução fiscal, ficando a credora concessionária obrigada a recorrer aos meios jurisdicionais comuns para obter a cobrança das dívidas resultantes do incumprimento da obrigação de pagamento de preço por parte dos utentes<sup>357</sup>, por tal se impor perante as regras de pluralidade de jurisdições no nosso ordenamento jurídico e que de seguida analisaremos.

## Capítulo IV: A Questão da Jurisdição Competente

### 1. A Competência dos Tribunais Judiciais

*“The presence of the government as a party to the contract may influence the courts, but the fact that the entire economy depends on the integrity of the contract law system provides a potentially powerful countervailing pressure”*<sup>358</sup>.

A opção pela pluralidade de jurisdições no nosso ordenamento jurídico é demonstrada, desde logo, ao nível da CRP, que no seu art. 219.º prevê várias categorias de tribunais. A jurisdição, enquanto “*função do Estado desempenhada pelos tribunais mediante o exercício do poder decisório de declarar o direito e de o impor coercivamente para fins de composição de litígios de pretensão insatisfeita*”<sup>359</sup>, encontra-se repartida entre os diferentes tribunais segundo as regras gerais de competência, nomeadamente entre a jurisdição cível e criminal e a jurisdição administrativa e fiscal. Enquanto os tribunais judiciais são “*os tribunais*

<sup>357</sup> Conforme se pode ler do voto de vencido do conflito n.º 045/13: “*os particulares que contratam com a concessionária o fornecimento da água canalizada mais não visam, então, que a satisfação da sua correspondente e particular necessidade elementar, no quadro exclusivo da contratação contida no âmbito do direito privado, que não no público. Por isso devendo pagar à A. o “preço” (e não a “taxa”) que traduz a contrapartida contratual e sinalagmática do fornecimento da água, preço aquele aceite por ambos os sujeitos contratuais, em situação de pura paridade negocial, descontado o monopólio de que beneficia a concessionária, no exercício da respetiva atividade*”.

<sup>358</sup> GÓMEZ-IBÁÑEZ, José, *cit.*, p. 29

<sup>359</sup> CORREIA, Sérvulo, *Acto administrativo e âmbito da jurisdição*, in *Estudos de Direito Processual Administrativo*, Lisboa: Lex, 2002, p. 212.

*comuns em matéria cível e criminal*” (art. 211.º, n.º 1, da CRP), já os tribunais administrativos e fiscais, nos termos do disposto no art. 212.º, n.º 3 da CRP, terão competência para “*o julgamento das ações e recursos contenciosos que tenham por objetivo dirimir litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais*”<sup>360</sup>.

Ora, conforme escreve José Gómez-Ibáñez, ainda que a presença de um ente público possa influenciar a atribuição da competência judicial para a resolução dos litígios envolvendo um contrato de concessão, não se pode descurar que estamos perante um contrato de direito privado, celebrando entre a empresa concessionária e o utente<sup>361</sup>. E o facto de a concessão de serviços públicos incluir disposições de carácter regulamentar e de a relação que se estabelece entre concessionário e utente não ser de puro direito privado, não obsta a que os litígios emergentes de dívidas por fornecimento de água sejam da competência dos tribunais comuns.

Concordamos, assim, inteiramente com Juan Carlos Cassagne quando advoga que “*em princípio, a relação entre um concessionário privado de serviços públicos e o usuário se rege pelo Direito Privado, sem prejuízo de caber ao Direito Administrativo tudo que for concernente à regulamentação do serviço*”<sup>362</sup>.

Nesta medida, sendo o credor uma entidade privada, desprovida de título executivo, que pretende obter a cobrança coerciva do preço devido pelo utente e que consta de uma fatura, a competência será dos tribunais da jurisdição comum. A competência apenas será dos tribunais tributários quando “*o objeto do litígio se centrar ou pelo menos envolver a discussão da legalidade do “preço” ou das “tarifas”, podendo para esse efeito o interessado socorrer-se, quer do disposto no art. 49º nº 1, alínea a), ponto i), do ETAF – que abrange os atos de liquidação de receitas fiscais estaduais, regionais ou locais e parafiscais ....”, quer da alínea e), ponto i), quando se refere à declaração de ilegalidade de normas administrativas de âmbito regional ou local, emitidas em matéria fiscal*”. Caso contrário, “*a execução coerciva de dívidas por incumprimento dos contratos de fornecimento em causa seguem regimes diferen-*

<sup>360</sup> A disposição do art. 212.º da CRP é, pois, uma cláusula geral através da qual se define o âmbito material do exercício da função jurisdicional do Estado através da ordem jurisdicional administrativa. Neste sentido, cf. CORREIA, Sérvulo, *cit.*, p. 212.

<sup>361</sup> Nas palavras do autor, “*o contrato de concessão mantém um claro compromisso com os contratos comerciais e com as influências do poder de mercado, enquanto que elimina as dificuldades de negociação com pequenos consumidores*”.

<sup>362</sup> *La Intervención Administrativa*, 2ª. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 55 e 56.

*tes consoante a natureza pública ou privada do fornecedor do serviço (cessionário), uma vez que, em relação a estes últimos, no caso de incumprimento do utente, a nota de cobrança emitida estando desprovida de força executiva, não constitui um título, nos termos e para os efeitos do processo de execução fiscal”*<sup>363</sup>.

E perfilhamos este entendimento pelas razões já acima enunciadas: por um lado, porque para além da relação essencialmente privada, está em causa um *preço* e não uma *taxa*; por outro lado, porque inexistente título executivo suficiente para a instauração de um processo de execução fiscal.

Vejamus este último ponto.

## 2. O Processo de Execução Fiscal

A execução fiscal, prevista nos arts. 148.º e ss do CPPT, tem por objetivo primordial “*a cobrança dos créditos tributários, de qualquer natureza, estando estruturado em termos mais simples do que o processo de execução comum, com o objetivo de se conseguir uma maior celeridade de cobrança de créditos, recomendada pelas finalidades de interesse público das receitas que através dele são cobradas. Este mesmo artigo indica-nos os tipos de dívidas que são cobradas através do processo de execução fiscal*”<sup>364</sup>. No entanto, não é suficiente para a promoção da execução fiscal que a dívida em questão corresponda a uma das elencadas no art. 148.º do CPPT: para a instauração de um processo executivo é necessária a existência de um título executivo, ou seja, é necessária a “*existência, ab initio, de um comprovativo de que a dívida subjacente existe, e que existe em termos legais, porque em princípio não se discutirão os aspetos atinentes à legalidade da dívida exequenda durante o processo*”<sup>365</sup>.

Deste modo, só mediante um dos títulos executivos previstos no art. 162.º do CPPT<sup>366</sup> poderá dar-se início a um processo de execução fiscal com o objetivo de proceder à cobrança coerciva de “*a) Tributos, incluindo impostos aduaneiros*”

<sup>363</sup> Conforme se pode ler do sumário da decisão do Tribunal de Conflitos de 21 de janeiro de 2014, P. n.º 044/13.

<sup>364</sup> SOUSA, Jorge Lopes de, *Código de Procedimento e de Processo Tributário, anotado e comentado*, 5ª ed., Áreas Editora, 2007, p. 20.

<sup>365</sup> ROCHA, Joaquim Freitas da, *Lições de Procedimento e Processo Tributário*, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 313.

<sup>366</sup> E que poderá ser: *a) certidão extraída do título de cobrança relativa a tributos e outras receitas do Estado; b) certidão de decisão exequível proferida em processo de aplicação das coimas; c) certidão do*

*ros, especiais e extrafiscais, taxas, demais contribuições financeiras a favor do Estado, adicionais cumulativamente cobrados, juros e outros encargos legais; b) Coimas e outras sanções pecuniárias fixadas em decisões, sentenças ou acórdãos relativos a contra-ordenações tributárias, salvo quando aplicadas pelos tribunais comuns; ou c) Coimas e outras sanções pecuniárias decorrentes da responsabilidade civil determinada nos termos do Regime Geral das Infracções Tributárias”, conforme dispõe o art. 148.º do CPPT.*

Ora, nos casos aqui em análise, a entidade credora, tendo natureza privada, emitiu fatura relativa ao preço e encargos pelo serviço de fornecimento e de consumo de água pelo utente, mas não pode emitir certidão que constitua título executivo para efeitos de execução fiscal, nem sequer se encontra prevista no ETAF a competência da jurisdição administrativa e fiscal para a resolução deste tipo de litígios.

A dívida decorrente de fornecimento de serviço de água distancia-se, assim, do regime das prestações pecuniárias devidas ao Instituto de Infra-Estruturas Rodoviária (créditos por taxas de portagem e coimas de natureza não tributária), simplesmente porque, para esse específico caso, o legislador veio expressamente consagrar a possibilidade de essa entidade obter a cobrança coerciva desses créditos através do processo de execução fiscal – nos termos do art. 17.º-A da Lei n.º 25/2006, de 30 de junho, aditado pela Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro.

Como se deixou esclarecido no acórdão do STA de 27 de Fevereiro de 2013 (P. n.º 01242/12), a cobrança de créditos de natureza não tributária, como é o caso das prestações pecuniárias devidas ao Instituto de Infra-Estruturas Rodoviárias, IP., através de processo de execução fiscal, depende de haver fundamento legal expreso, o que acontece por força do estabelecido no art. 17.º-A da Lei n.º 25/2006, de 30 de junho, segundo o qual compete “*ao Instituto de Infra-Estruturas Rodoviárias, I.P., adotar as medidas necessárias para que, quando ocorra o não pagamento em conformidade com o disposto no art. 16.º, haja lugar à execução do crédito composto pela taxa de portagem, coima e custos administrativos, a qual segue, com as necessárias adaptações, os termos dos arts. 148º e seguintes do Código do Procedimento e de Processo Tributário*” (n.º 1), sendo que “*as entidades*

*ato administrativo que determina a dívida a ser paga; ou, ainda, d) qualquer outro título a que, por lei especial, seja atribuída força executiva.*

*referidas no n.º 1 do art. 11.º da presente lei preparam e remetem, para emissão, o título executivo ao Instituto de Infra-Estruturas Rodoviárias, I. P., que exerce as funções de órgão de execução a quem compete promover a cobrança coerciva dos créditos referidos no número anterior” (n.º 2).*

### 3. Solução Proposta

#### 3.1. Competência de *Iure Constituto*

Tomando em consideração todo o exposto, estamos em condições de concluir que a competência para a resolução deste tipo de litígios cabe, em nossa opinião, aos tribunais judiciais.

Com efeito, na esteira de autores como Fernando Garrida Falla, pensamos que ainda que a Administração Pública exerça efetivo poder regulamentar sobre o funcionamento e utilização do serviço pelos utentes, *“essa regulamentação será tanto mais intensa, e abarcará tanto mais aspetos da posição do administrado em relação ao serviço, quanto mais este serviço tenha um carácter administrativo (que não seja industrial ou comercial) e seja gerido diretamente pela Administração”*. Pelo contrário, *“as questões não previstas nessa regulamentação administrativa podem e devem ser resolvidas, se da sua natureza não se deduzir o contrário, mediante a aplicação dos critérios contratualistas”*<sup>367</sup>.

Nestes termos, inexistindo fundamento legal que permita a instauração de processo de execução fiscal – por a jurisdição administrativa e fiscal não ter para tal competência, nos termos do art. 4.º, n.º 1 do ETAF, nem a entidade concessionária (privada) dispor de um dos títulos executivos previstos no art. 162.º do CPPT – terão de ser considerados competentes os tribunais judiciais. Só assim não será se estiver em causa a resolução de litígios que envolvam a discussão da legalidade do preço fixado ou das disposições que o regulam<sup>368</sup>, já que aí a questão assume natureza administrativa, ou se a dívida for cobrada

<sup>367</sup> *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid: Tecnos, 1992, p. 382.

<sup>368</sup> Tal como consta do acórdão do Tribunal de Conflitos de 21 de janeiro de 2014 (P. n.º 044/13), *“pretendendo-se discutir a ilegalidade dos “preços” ou tarifas em causa o meio mais adequado seria precisamente o pedido de declaração de ilegalidade do regulamento municipal (...) que contém e regula as tarifas, ou o pedido de anulação da deliberação da câmara que o aprova”*.

pelo município<sup>369</sup> ou por empresa municipal<sup>370</sup>, pois aí a competência será dos tribunais administrativos e fiscais.

Esta solução apresenta-se, aliás, em consonância com o direito francês onde, desde o célebre acórdão do Tribunal de Conflitos de 1921 (*Société commerciale de l'Ouest africain*), a distinção se faz entre serviços públicos administrativos, onde terá aplicação o direito público, e os serviços públicos de natureza comercial ou industrial, onde se incluem, como vimos, as atividades de saneamento básico. Nos termos aí decididos, a qualificação de industrial e comercial determinará, em princípio, a competência dos tribunais judiciais para a resolução dos litígios emergentes. Não será assim, por exemplo, se esse serviço for gerido por uma pessoa coletiva de direito público, já que o contrato pode ter natureza administrativa<sup>371-372</sup>.

<sup>369</sup> Se a dívida tiver por base contratos de prestação de serviços celebrados pelo município, seja com um particular, seja, por maioria de razão, com um concessionário de serviço público ou de exploração de bens do domínio público, são sempre contratos de direito administrativo, como claramente são definidos nos arts. 1.º, n.º 6, 278.º e 450.º do CCP. Foi este o entendimento preconizado no acórdão do TRG de 23 de janeiro de 2014 (P. 346/13), onde se entendeu que, nestas situações, “estamos, assim, claramente, no domínio de relações de duas entidades que prosseguem interesses públicos relevantes e que nessa qualidade assumiram direitos e obrigações recíprocos” e que, por isso, “as relações entre si estabelecidas são relações administrativas e a resolução dos respetivos conflitos compete, claramente, aos tribunais da jurisdição administrativa, e jamais aos tribunais judiciais”. Também no acórdão do TRC, datado de 16 de setembro de 2008 (P. 328/07), se considerou que “envolvendo a questão a dirimir uma situação de responsabilidade civil extracontratual conetada com uma relação jurídica de direito privado relativa a um contrato de fornecimento de água, em que a fornecedora é uma autarquia, são materialmente competentes para tal conhecimento os Tribunais Administrativos”.

<sup>370</sup> Sobre o regime das empresas municipais, vide GONÇALVES, Pedro Costa, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, Coimbra: Almedina, 2007. Note-se que o regime jurídico das empresas municipais a que se alude – consagrado na Lei n.º 53-F/2006, de 29 de dezembro – foi entretanto revogado pela Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto, recentemente alterada pela Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro.

<sup>371</sup> Vide, a este propósito, *Tribunal des conflits – 22 janvier 1921 – Société commerciale de l'Ouest africain*, CARBAJO, Joel, *Droit des services publics*, 3ª ed., Paris: Dalloz, 1997, p. 14 e 68, e ainda CALAIS-AULOY, Jean, *Droit de la consommation*, 3ª ed., Paris: Dalloz, 1992, p. 271. Entre nós esta posição tem vindo a ser igualmente seguida ao nível da jurisprudência dos tribunais comuns, nomeadamente nos acórdãos do TRP de 7 de novembro de 2013 (P. 2338/12), 6 de fevereiro de 2014 (P. 65542/12) e de 29 de maio de 2014 (P. 167178/12), onde se considerou que o “contrato do serviço público de fornecimento de água é um contrato de direito privado”, não tendo “cariz publicista a convenção pela qual uma entidade, pública ou privada, acorda em prestar a um utente, mediante determinada contrapartida, serviço – público – de fornecimento de água”, pelo que “é da competência dos tribunais comuns preparar e julgar uma ação declarativa instaurada

### 3.2. Competência de *Iure Condendo*

Contudo, e ainda que esta seja a leitura a privilegiar em face do direito constituído, julgamos que a questão deveria ser repensada em termos *de iure condendo*, atribuindo-se legalmente a competência aos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal.

Desde logo, porque exigir às entidades concessionárias que dêem início a processos junto dos tribunais comuns para obter a cobrança dos seus créditos (ainda que inicialmente junto do Balcão Nacional de Injunções) se revela pernicioso para a eficiência e eficácia do sistema judicial, já que estão em causa ações de baixa densidade mas muito numerosas, que têm crescentemente ocupado os tribunais numa atividade de mero reconhecimento e cobrança de dívidas por parte destes grandes utilizadores. O que significa que os tribunais comuns estão atualmente colocados ao serviço de empresas concessionárias que negociam com milhares de consumidores e os tribunais correm o risco de se converter em órgãos que são meras extensões dessas empresas, com a consequente perda de capacidade de resposta, em prazo razoável, para os demais litígios.

Deste modo, e sabido que o processo de execução fiscal tem uma estrutura mais simples e célere que o processo de execução comum, sendo tramitado no Serviço de Finanças (art. 150.º do CPPT), obter-se-ia uma maior eficiência na cobrança destes créditos. O que, conjugado com uma alteração a nível dos fundamentos legais de oposição à execução fiscal, isto é, com uma alteração legislativa do art. 204.º do CPPT de molde a permitir ao devedor/executado a utilização do meio processual da oposição para reagir contra a legalidade da

por uma empresa privada gestora do serviço público de fornecimento de água e saneamento com vista a obter o pagamento do valor das faturas desse serviço prestado a um particular”. Também em decisões do TRG tem vindo a ser decidido, nos acórdãos de 23 de outubro de 2012 (P. 103543/08), de 19 de fevereiro de 2013 (P. 353418/10) e de 23 de abril de 2013 (P. 353418/10) que “os tribunais judiciais são competentes, em razão da matéria, para julgarem as ações em que uma sociedade, concessionária do abastecimento de água em certo concelho, reclama, daquele com quem contratou fornecer-lhe água, o pagamento relativo aos fornecimentos que alega ter realizado”. Estes são acórdãos que deram origem aos conflitos *supra* apresentados.

<sup>372</sup> Sobre a problemática da delimitação do âmbito de jurisdição administrativa em relação às empresas públicas, RAIMUNDO, Miguel Assis, *As empresas públicas nos tribunais administrativos: contributo para a delimitação do âmbito da jurisdição administrativa face às entidades empresariais instrumentais da administração pública*, Coimbra: Almedina, 2007.

obrigação pecuniária que constitui a dívida exequenda, tornaria o processo mais justo e eficiente.

Para além disso, reconhecer por via legal a competência regra dos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal para a resolução de litígios respeitantes a créditos de empresa privada concessionária de serviço público e reconhecer a cobrança desses créditos mediante processo de execução fiscal, permitiria que fossem os tribunais tributários a conhecer e decidir todas as questões conexas com as obrigações pecuniárias faturadas, particularmente quando o objeto do litígio envolva a discussão da legalidade do *preço* ou das *tarifas* fixadas para a prestação daquele serviço público.

Acresce que, sendo os tribunais tributários os competentes para resolver os litígios que envolvam a relação entre o município e o consumidor final (ou entre a entidade gestora do sistema multimunicipal e o município) e para conhecer e decidir questões relativas à legalidade dos preços (fixados, como vimos, mediante critérios pré-estabelecidos por via administrativa, por convenção administrativa multilateral ou pela entidade reguladora), teriam, do mesmo modo, competência para proceder à cobrança coerciva dos créditos da empresa privada concessionária do serviço de fornecimento de água<sup>373</sup>

<sup>373</sup> Considerando os litígios *supra* analisados que mereceram decisão por parte do Tribunal de Conflitos, o que estava em causa eram pedidos de cobrança coerciva de dívidas de fornecimento de água, por parte de empresa concessionária, devidas por consumidores finais. É certo que, no P. n.º 038/13, foram suscitadas outras questões pelo réu, nomeadamente a “nulidade da cláusula contratual que impõe uma taxa de disponibilidade pelo contador totalizador” e o “abuso de direito que consubstancia a cobrança dessa taxa, por desproporcionada ao serviço prestado e representar uma dupla tributação, face ao pagamento por cada condómino de uma taxa por cada contador individual”; no entanto, e tal como consta da decisão do P. n.º 045/13, “a apreciação da competência dum tribunal tem de resolver-se face aos termos em que a ação é proposta, aferindo-se portanto pelo “*quid disputatum*”, ou seja pelo pedido do Autor e respetiva causa de pedir, sendo irrelevantes as qualificações jurídicas alegadas pelas partes ou qualquer juízo de prognose que possa fazer-se quanto à viabilidade ou inviabilidade da pretensão formulada pelo Autor”. Assim, e ainda que outras questões se coloquem, será a partir da forma como a causa se mostra estruturada na petição inicial que será atribuída competência para a resolução dos litígios aos tribunais judiciais. Foi também neste sentido que se firmou jurisprudência, podendo ler-se no acórdão do STJ de 14 de maio de 2009 (P. 09S0232) que “a competência material do tribunal afere-se pelos termos em que a ação é proposta e pela forma como se estrutura o pedido e os respetivos fundamentos. Daí que para se determinar a competência material do tribunal haja apenas que atender aos factos articulados pelo autor na petição inicial e à pretensão jurídica por ele apresentada, ou seja à causa de pedir invocada e aos pedidos formulados”. Conforme explica Miguel Assis RAIMUNDO (*cit.*, p. 157), também este Tribunal de Conflitos tem vindo a sustentar a tese segundo a qual *thema decidendum* para

e para apreciar todos os fundamentos que ao executado fosse lícito aduzir como defesa num processo de declaração, tendo em consideração a natureza extrajudicial do título executivo em questão.

Em suma, e com o devido respeito por contrária opinião, parece-nos que a lei deveria resolver, de forma expressa e definitiva, a questão, e que o deveria fazer no sentido de dotar a Administração Tributária e os Tribunais Tributários de competência para proceder à cobrança coerciva de dívidas resultantes de contratos de fornecimento de água a concessionários, à semelhança, aliás, do que estabeleceu para os créditos do Instituto de Infra-Estruturas Rodoviárias, I.P., compostos por taxas de portagem, coimas e custos administrativos, de natureza não tributária.

Da nossa parte, e atentos os argumentos invocados, colhe o nosso aplauso a decisão do Tribunal de Conflitos proferida em 21 de Janeiro de 2014, no P. n.º 044/13, que, com objetividade e rigor concetual, teve a ousadia de contrariar a posição normalmente sufragada e de admitir a competência dos tribunais judiciais para o conhecimento destes litígios. Apesar de essa posição não ter vingado, por contrariar a jurisprudência firmada do Tribunal de Conflitos, parece-nos que deveria ser cuidadosamente analisada e ponderada, já que isso conduziria, certamente, a uma reapreciação dos fundamentos que têm levado o Tribunal de Conflitos a atribuir a competência aos tribunais tributários.

É certo que as razões de segurança e certeza jurídica que serviram de justificação para a resolução do conflito n.º 031/13 não podem ser negadas perante a importância da segurança jurídica que encontra consagração no art. 8.º, n.º 3, do CC – ao impor ao julgador o dever de considerar todos os casos que mereçam tratamento análogo, a fim de obter uma interpretação e aplicação uniformes do direito – e que impõe aos juizes um esforço no sentido de procurar a uniformidade possível, por não haver nada pior que uma jurisprudência flutuante, instável e inconstante. Todavia, essas razões não podem impedir que se continue a refletir e a buscar novos e decisivos argumentos jurídicos para o aperfeiçoamento e a renovação da jurisprudência e para a sua adaptação às novas exigências da sociedade.

aferir da jurisdição competente para julgar as matérias é constituído pelo pedido e pela causa de pedir apresentadas na ação, sem vinculação, contudo, às qualificações jurídicas efetuadas pelo autor. Neste sentido, *cf.* as decisões do Tribunal de Conflitos de 5 de maio de 2004 (P. 0374), de 13 de maio de 2003 (P. n.º 011/02) e de 8 de julho de 2003 (P. n.º 01/03).

## CONCLUSÃO

*“Ultimately both public and private entities will have to work together. And soon. Unless we manage our water better now, we will run out. When that happens, no pricing or management scheme in the world will save us”<sup>374</sup>.*

O setor da água, que se reconduz a um serviço público de interesse geral, tem de ser observado e compreendido na sua dimensão de setor essencial para o bem-estar geral, para a saúde pública e segurança coletiva das populações, e as questões que nele se colocam exigem uma base de conhecimentos sólidos sobre a organização do setor, sobre os modelos de prestação do serviço e sobre o enredo das entidades que atuam neste domínio e que devem garantir a realização efetiva do serviço numa lógica de eficiência e sustentabilidade económica e social.

Esta dissertação evidencia a complexidade do serviço público de abastecimento de água e dá a compreender a necessidade de aprofundar o estudo das questões jurídicas que se colocam não só ao nível da relação de concessão como ao nível da própria relação de consumo estabelecida. Partindo de um domínio tão específico como é o das concessões municipais de serviço de água, expõem-se e equacionam-se as diferentes facetas dessa atividade, de modo a tornar clara a associação entre as entidades do setor público (ente concedente e regulador) e as entidades do setor privado (entidade concessionária e utente do serviço).

Chegados ao termo do estudo, podemos concluir que o serviço público de água é um serviço dotado de novas regras, onde os regimes não se encontram ainda sedimentados. Do ponto de vista de relação entre entidade concedente e concessionário, os contratos de concessão municipal são considerados contratos fechados, em que a intervenção da ERSAR, enquanto entidade reguladora, tem de ser feita de forma cautelosa, de modo a não entrar em conflito com o regime contratual estipulado. Se até aqui tivemos uma atuação essencialmente *ex post* por parte desta entidade, o certo é que, cada vez mais, se revela fundamental uma intervenção regulatória numa fase anterior à

<sup>374</sup> INTERLANDI, Jeneen, *Liquid Asset*, in *Newsweek*, n.º 8, outubro de 2010, p. 46

atuação dos operadores económicos e um maior acompanhamento da relação contratual.

O contrato de concessão municipal de serviço de abastecimento de água deve, por conseguinte, ser pensado e concebido com especial atenção ao papel essencial da ERSAR, aos seus novos Estatutos e ao reforço dos seus poderes regulatórios. E tendo em conta que a universalização regulatória da ERSAR é portadora de “*perspetivas de introdução de racionalidades nas tarifas e no desempenho dos diversos tipos de operadores*”<sup>375</sup>, defendemos que a posição desta entidade necessita de ter em conta os diversos modelos de gestão do serviço, devendo ser-lhe dada capacidade para zelar pela promoção da qualidade de conceção, execução, gestão e exploração dos sistemas, defendendo os direitos dos consumidores e a promoção da sustentabilidade económica.

Neste contexto, parece-nos adequada uma reestruturação do setor das águas e dos resíduos, com prioridade para a sua sustentabilidade económico-financeira, assumindo o fortalecimento do regulador um papel essencial. E as respostas para as principais questões colocadas exigem uma abordagem ampla, profunda, informada e politicamente esclarecida da situação do setor, bem como a tomada de decisões coerentes e articuladas sobre os novos desafios para os serviços de águas em Portugal.

Já no domínio da relação que se estabelece entre concessionária e utente do serviço, evidencia-se a necessidade de esclarecer qual a jurisdição competente para decidir os litígios relativos à cobrança de crédito por água fornecida e não paga a empresa concessionária de serviço municipal. Neste circunscrito aspeto, mais do que repetir a fundamentação já avançada nos acórdãos do Tribunal de Conflitos, procedemos à análise da argumentação jurídica que constitui o seu suporte fundamentador e apresentámos a nossa posição face ao enquadramento legal em que os contratos de concessão se inserem atualmente, com vista a questionar a bondade da solução encontrada por esse Tribunal – quer do ponto de vista do direito constituído, quer do direito a constituir.

Se tradicionalmente a relação que se estabelecia entre o prestador e o utente do serviço era tida como uma relação de subordinação de direito público – baseada na supremacia da organização prestadora do serviço,

<sup>375</sup> GODINHO, Rui, *cit.*, p. 35.

na exclusão da vontade do utente na definição do conteúdo do negócio e na natureza fiscal ou tributária da contraprestação – já atualmente o estatuto do utente não pode deixar de levar a uma nova compreensão desta relação, com consequências relevantes ao nível da contraprestação devida pelo serviço prestado e que perdeu a sua natureza tributária.

Neste contexto, concluímos que a relação que se estabelece entre a empresa concessionária e o utente do serviço público é uma relação de direito privado e que a quantia devida pelo serviço prestado reveste a natureza de preço, não podendo, por isso, ser cobrada através de processo de execução fiscal. Assumimos, assim, uma posição consonante com a adotada pela doutrina majoritária mas que, todavia, diverge da posição postulada pelo Tribunal de Conflitos: ainda que a relação entre prestador e utente não seja uma relação de direito privado pura, por existirem diversos aspetos que podem ser regulados por normas de direito público, ainda assim, face ao quadro legal que atualmente disciplina a utilização do processo de execução fiscal, não é legalmente admissível que tal entidade privada possa obter a cobrança do seu crédito através daquele meio judicial exclusivo dos tribunais tributários, já que, por um lado, não dispõe de título executivo e, por outro, o contrato celebrado entre o concessionário e o utente não se subsume na norma do art. 4.º, n.º 1, al. f) do ETAF, que define o âmbito da jurisdição administrativa e fiscal.

## BIBLIOGRAFIA E DOCUMENTOS CONSULTADOS

### Obras

- ALESSI, Renato, *Le prestazioni amministrative rese ai privati – teoria generale*, Milão, 1946
- ALFEN, Hans Wilhelm, *Les PPP: de quoi parle-t-on? Essai de définition et de cadrage des PPP comme mode alternatif de fourniture de biens et de services publics*, in *Évaluer les Partenariats Public-Privé en Europe: quelles conséquences pour la commande et le projet? Quels impacts sur la qualité des bâtiments et des services? Quelles méthodes d'évaluation?*, Réseau Ramau, Latts; direção de Élisabeth Campagnac, Paris: Presses de l'école Nationale des Ponts et Chaussées, 2009
- ALMEIDA, Carlos Ferreira, *Serviços Públicos, Contratos Privados*, in *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2002
- ALMEIDA, José Nunes, *Transparência e Proporcionalidade no Financiamento dos Serviços de Interesse Económico Geral*, Porto: Vida Económica, 2014

- ALMEIDA, Mário Aroso de, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, Coimbra: Almedina, 2012
- AMARAL, Diogo Freitas do, e TORGAL, Lino, *Concessão de Serviços Públicos Municipais: conceito de “tarifa média” e definição de um limite máximo à evolução do seu valor*, in *Estudos sobre concessões e outros actos da administração: pareceres*, Coimbra: Almedina, 2002
- AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 3.<sup>a</sup> ed., 2006
- AMARO, António Leitão, *Perspectivas de Reorganização Institucional dos Serviços de Água*, in *Direito da Água*, Série Estudos Técnicos, n.º 3, ERSAR, 2013
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Distribuição pelos Municípios de energia elétrica em baixa tensão*, in *Coletânea de Jurisprudência*, Ano XIV, 1989, tomo I
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, *A justiça administrativa: lições*, 13.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina, 2014
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, e GONÇALVES, Pedro Costa, *Autonomia e Atribuições das Autarquias Locais*, in *Manual do Eleito Local*, vol. I, CEFA, 1994
- ARAGÃO, Alexandre Santos, *Agências Reguladoras e a Evolução no Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002
- AYRES, Ian, e BRAITHWAITE, John, *Responsive regulation: Transcending the Deregulation Debate*, New York, Oxford: Oxford University Press, 1992
- AYALA, Bernardo Diniz de, *O Método de Escolha do Co-contratante da Administração nas Concessões de Serviços Públicos – Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de dezembro de 2000*, in *CJA*, n.º 26
- AYALA, Bernardo Diniz de, *O poder de Modificação Unilateral do Contrato Administrativo com Regime de Project Finance*, in *RCP*, n.º 2, 2011
- AZEVEDO, Eduarda, *As Parcerias Público Privadas: Instrumento de uma nova Governação Pública*, Dissertação de Doutoramento em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2008
- BALDWIN, Robert, CAVE, Martin, e LODGE, Martin, *Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice*, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford University Press, 2012
- BAPTISTA, Jaime Melo, *A Regulação e os Tarifários dos Serviços de Águas*, in <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/8cigpa>
- BAPTISTA, Jaime Melo, *Uma Abordagem Regulatória Integrada (ARIT-ERSAR) para os Serviços de Águas e Resíduos*, Série Estudos Técnicos, n.º 3, ERSAR, 2014
- BAPTISTA, Jaime Melo, PÁSSARO, Dulce Álvaro, e SANTOS, Rui Ferreira, *O impacto da nova lei da água nos serviços de abastecimento público de água e de saneamento de águas residuais urbanas*, in *IRAR*, Série Textos sobre Regulação, vol. I, 2007
- BELLANTUONO, Giuseppe, *Contratti e Regolazione nei Mercati Dell'energia*, Bologna: Società Editrice il Mulino, 2009
- BENALCÁZAR GUERRÓN, Juan Carlos, *La Naturaleza Jurídica de las Relaciones entre los Usuarios de los Servicios Públicos y los Concessionários*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponível online em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2544/6.pdf>>
- BOVIS, Christopher H., *Risk and Public-Private Partnerships*, in *EPPPL*, n.º 1, 2012
- BREYER, Stephen, *Regulation and its Reform*, Cambridge: Harvard University Press, 1982
- CABRAL, Nazaré da Costa, *As Parcerias Público Privadas*, Coimbra: Almedina, 2009

- CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, 10.<sup>a</sup> ed., reimpressão, Coimbra: Almedina, 1980
- CALAIS-AULOY, Jean, *Droit de la consummation*, 3.<sup>a</sup> ed., Paris: Dalloz, 1992
- CALVETE, Vitor, *As Semelhanças e as Diferenças: Regulação, Concorrência e All That Jazz*, in *Julgar*, n.º 9, 2009
- CAMPBELL, David, e COLLINS, Hugh, *Discovering the Implicit Dimensions of Contracts*, in *Implicit Dimensions of Contract: Discrete, Relational, and Network Contracts*, ed. por CAMPBELL, David, COLLINS, Hugh, e WIGHTMAN, John, Bloomsbury Publishing, 2003
- CAMPOS, Diogo Duarte de, *A Escolha do Parceiro Privado nas Parcerias Público-Privadas: a Adjudicação In House em Particular*, série PLMJ, n.º 1, Coimbra: Coimbra editora, 2010
- CAMPOS, Diogo Duarte de, *Parcerias Público-Privadas Institucionais e o duplo (triplo) concurso*, in *Estudos de Contratação Pública*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2010
- CANOTILHO, J. J. Gomes, *Distribuição pelos Municípios de energia elétrica de baixa tensão*, in *Coletânea de Jurisprudência*, Ano XIII, 1988, tomo V
- CANOTILHO, J. J. Gomes, *O Princípio Democrático sob a Pressão dos Novos Esquemas Regulatórios*, in *RDPR*, n.º 1, CEDIPRE, 2009
- CARBAJO, Joel, *Droit des Services Publics*, 3.<sup>a</sup> ed., Paris: Dalloz, 1997
- CARVALHO, Raquel, *As Concessionárias dos Sistemas Multimunicipais*, in *Direito e Justiça*, vol. 11, n.º 2, 1997
- CASSAGNE, Juan Carlos, *La Intervención Administrativa*, 2.<sup>a</sup> ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994
- CASTRO, João Canto e, *A Regulação das Parcerias Público-Privadas no Código dos Contratos Públicos*, in *RCP*, n.º 4, 2012
- CATARINO, Luís Guilherme, *O Novo Regime da Administração Independente: Quis custodiet ipsos custodes?*, in *Estudos Instituto dos Valores Mobiliários*, 2012, disponível online em: [http://www.institutovaloresmobiliarios.pt/estudos/pdfs/1390490035governar\\_com\\_a\\_administra%C3%A7%C3%A3o\\_independente.pdf](http://www.institutovaloresmobiliarios.pt/estudos/pdfs/1390490035governar_com_a_administra%C3%A7%C3%A3o_independente.pdf)
- CATELA, Miguel, *Contratação Pública nos Setores da Água, Energia, Transportes e Telecomunicações: DL n.º 223/2001, de 9 de agosto, Anotado e Comentado*, Lisboa: Fórum Mercados Públicos, 2002
- CHADWICK, Edwin, *Results of Different Principles of Legislation and Administration in Europe: of Competition for the Field, as compared with the Competition within the Field of Service*, in *Journal of the Royal Statistical Society*, vol. 22, n.º 3, 1859
- COLAÇO, João de Magalhães, *Concessões de Serviços Públicos – sua natureza jurídica*, Coimbra, 1914
- COLLINS, Hugh, *Regulating Contracts*, Oxford: Oxford University Press, 2002
- COLLINS, Hugh, *Introduction: The Research Agenda of Implicit Dimensions of Contracts*, in *Implicit Dimensions of Contract: Discrete, Relational, and Network Contracts*, ed. por CAMPBELL, David, COLLINS, Hugh, e WIGHTMAN, John, Bloomsbury Publishing, 2003
- CONFARRIA, João, *Regulação e Concorrência: Desafios do Século XXI*, 2.<sup>a</sup> ed., Lisboa: Universidade Católica, 2011
- CORREIA, Sérvulo, *Acto Administrativo e Âmbito da Jurisdição*, in *Estudos de Direito Processual Administrativo*, Lisboa: Lex, 2002

- COSSALTER, Philippe, *Les Délégations d'Activités Publiques dans l'Union Européenne*, Paris: L.G.D.J., 2007
- CURA, António Vieira, *Curso de Organização Judiciária*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011
- DANA, David e KONIAK, Susan, *Bargaining in the Shadow of Democracy*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol 148, 1999
- DECKER, Christopher, *Modern Economic Regulation*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015
- DEMSETZ, Harold, *Why Regulate Utilities?*, in *Journal of Law and Economics*, vol. 11, n.º 1, 1968
- DIAS, Gabriela Figueiredo, *Project Finance: Primeiras Notas*, in *Miscelâneas* n.º 3, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Coimbra: Almedina, 2004
- DINIS, Samuel, e MARQUES, Rui Cunha, *Análise das Parcerias Público-Privadas: Serviços Municipais de Água e Águas Residuais*, Lisboa: AEPsA, 2010
- DROMI, Roberto, *Derecho Telefónico*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998
- DUFAU, Jean, *Les Concessions de Service Public*, Le Moniteur: Paris, 1979
- ECHEVESTI, Carlos Alberto, *El servicio público. Los derechos del usuário. La motorización por la vía del amparo ya la reciente ley de protección al consumidor*, in *Derecho del Consumidor*, Editorial Jüris, n.º 4, 1994
- EISENBERG, Melvin, *Why There is No Law of Relational Contracts*, in *Northwestern University Law Review*, n.º 94, 2000
- ESCRIBANO COLLADO, Pedro, *El usuário ante los servicios públicos: precisiones acerca de su situación jurídica*, in *RAP*, n.º 82, 1997
- ESTORNINHO, Maria João, *Concessão de Serviços Públicos – Que Futuro?*, in *Direito e Justiça*, volume especial (VI Colóquio Luso Espanhol de Direito Administrativo), 2005
- ESTORNINHO, Maria João, *Curso de Direito dos Contratos Públicos: Por uma Contratação Pública Sustentável*, Coimbra: Almedina, 2012
- FALLA, Fernando Garrido, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid: Tecnos, 1992
- FARRANDO, Ismael, *La relación jurídica del usuario com el concessionário de servicios públicos*, in *Los Servicios Públicos*, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1994
- FERNÁNDEZ, Martín, *Tasas y Precios Publicos en el Derecho Español*, Madrid: Marcial Pons, 1995
- FERREIRA, Bruno, *Mecanismos de Garantia em Project Finance*, in *Cadernos O Direito*, n.º 4, 2009
- FERREIRA, Eduardo Paz, *Direito da Economia*, AAFDL, 2001
- FERREIRA, Eduardo Paz, e MORAIS, Luís Silva, *A Regulação Setorial da Economia – Introdução e Perspectiva Geral*, in *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra: Almedina, 2009
- FILHO, José Soares, *Serviço Público: Conceito, Privatização*, in *Revista Jus et Fides*, n.º 1, ano 2, 2002
- FISHER, Eleanor, *The Power of Purchase: Addressing Sustainability through Public Procurement*, in *EPPPL*, n.º 1, 2013
- FOLQUE, André, *A Tutela Administrativa nas Relações entre o Estado e os Municípios: Condicionais Constitucionais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004
- FREEMAN, Jody, *Private Parties, Public Functions and the New Administrative Law Annual Regulation of Business Focus: Privatization*, in *Administrative Law Review*, vol. 52, n.º 3, 2000

- FREEMAN, Jody, *The Contracting State*, in *Florida State University Law Review*, vol. 52, n.º 3, 2000
- FRISON-ROCHE, *Contrat, Concurrence, Regulation*, in *RTDC*, n.º 7, 2004
- GARCIA, Nuno de Oliveira, *Contencioso de Taxas: Liquidação, audição e fundamentação*, Coimbra: Almedina, 2011
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La atividade industrial y mercantil de los municipios*, in *Revista de Administracion Publica*, n.º 17, 1955
- GARRET, Almeida, *Economia e Finanças Públicas*, Lições Policopiadas, 1988/1989
- GODINHO, Rui, *O Futuro dos Serviços Públicos de Água: O Caso Português*, in *Direito da Água*, Série Cursos Técnicos, ERSAR, n.º 3, 2013
- GOETZ, Charles J., e SCOTT, Robert E., *Principles of Relational Contracts*, in *Virginia Law Review*, vol. 67, n.º 6, 1981
- GÓMEZ-IBÁÑEZ, José, *Regulating Infrastructure: Monopoly, Contracts, and Discretion*, Cambridge, Harvard University Press, London, 2003
- GÓMEZ-LOBO, Andrés, *La Regulación y privatización del Sector de Agua Potable y Saneamiento en Chile*, Departamento de Economía, Universidad de Chile, disponível online em: [www.cap-net-esp.org](http://www.cap-net-esp.org)
- GONÇALVES, Pedro Costa, *O Utente do Serviço Público de Telecomunicações*, Coimbra, 1995
- GONÇALVES, Pedro Costa, *O Novo Regime Jurídico da Tutela Administrativa sobre as Autarquias Locais*, Coimbra: CEFA, 1997
- GONÇALVES, Pedro Costa, *A Concessão de Serviços Públicos: uma Aplicação da Técnica Concessória*, Coimbra: Almedina, 1999
- GONÇALVES, Pedro Costa, *Direito Administrativo da Regulação*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, coord. Jorge Miranda, vol. II, 2006
- GONÇALVES, Pedro Costa, *A Relação Jurídica Fundada em Contrato Administrativo*, in *CJA*, n.º 64, 2007
- GONÇALVES, Pedro Costa, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, Coimbra: Almedina, 2007
- GONÇALVES, Pedro Costa, *Regulação Administrativa e Contrato*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. II, Lisboa, 2010
- GONÇALVES, Pedro Costa, *Jurisdição Competente para apreciar Ações sobre Contratos de Fornecimento de Água*, Parecer Jurídico, Coimbra, Novembro de 2012
- GONÇALVES, Pedro Costa, *Controlo Público Prévio de Atividades Privadas: Comunicação Prévia e Autorização Administrativa*, in *Nuevas formas de control de las administraciones públicas y su repercusión sobre consumidores y usuarios*, Salamanca: Ratio Legis, 2013
- GONÇALVES, Pedro Costa, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013
- GONÇALVES, Pedro Costa, e OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, *As Concessões Municipais de Distribuição de Eletricidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001
- GONÇALVES, Pedro Costa, e MARTINS, Licínio Lopes, *Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador*, in *Estudos de Regulação Pública I* (organização de Vital Moreira), Coimbra: Coimbra Editora, 2004
- GOUVEIA, Rodrigo, *Os Serviços de Interesse Geral em Portugal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001

- HELM, Dieter e JENKINSON, Tim, *Competition in Regulated Industries*, Oxford: Oxford University Press, 1998
- HILL, Andrew, *Foreign Infrastructure Investment in Chile: The Success of Public–Private Partnerships through Concessions Contracts*, in *Northwest Journal of International Law and Business*, vol. 32, n.º 1, 2011
- HILLON, Sandie, *De L’Usager au Consommateur: une évolution de l’ouverture du service public à la concurrence?*, in *Concurrence et Services Publics: enjeux et perspectives*, Rennes: Presses Universitaires de Rennes, 2002
- HUERGO LORA, Alejandro, *Los Contratos sobre los Actos y las Potestades Administrativas*, Madrid: Editorial Civitas, 1998
- INTERLANDI, Jeneen, *Liquid Asset*, in *Newsweek*, n.º 8, outubro de 2010
- KIRKBY, Mark, e ANDRADE, Gisela, *O Novo Regime das Parcerias Público-Privadas: Visão Geral*, in *Observatório da Contratação Pública*, Maio de 2012, disponível online em: [www.contrataçãopública.pt](http://www.contrataçãopública.pt).
- LAUBADÈRE, André de, *Traité des Contrats Administratifs*, vol. I, 2.ª ed., Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983
- LIMA, Sónia Chin Ah, *Os Sistemas de Abastecimento de Água e Saneamento em Portugal: Reflexões sobre a sua reestruturação*, in *Tecnologias do Ambiente*, n.º 93, janeiro – fevereiro 2010
- LOBO, Carlos Baptista, *Sectores em rede: Regulação para a Concorrência: Enquadramento Jurídico-Económico das Redes Físicas (Telecomunicações, Energia e Transportes) e das redes virtuais*, Coimbra: Almedina, 2009
- LOUREIRO, Joana, *A Regulação do Mercado da Contratação Pública*, Dissertação de Mestrado em Direito, FDUC, 2013
- MAÇÃS, Fernanda, *A Concessão do Serviço Público e o Código dos Contratos Públicos*, in *Estudos de Contratação Pública*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2008
- MAÇÃS, Fernanda, *São os Municípios Utentes de Serviços Públicos Essenciais?*, in *Revista de Direito Regional e Local*, n.º 4, 2008
- MAÇÃS, Fernanda, *Serviços Públicos de Abastecimento de Água, Saneamento e Águas Residuais Urbanas e Resíduos Urbanos*, in *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?* (coord. Eduardo Paz Ferreira, Luís Silva Morais, Gonçalo Anastácio), Coimbra: Almedina, 2009
- MAÇÃS, Fernanda, *As parcerias Estado/Autarquias locais: breves considerações sobre o novo modelo de gestão de serviços municipais de águas e resíduos*, in *RCP*, n.º 3, 2011
- MACHO, Luis Miguel, *Nuevas Tendências en la Tutela de los Usuarios de los Servicios Públicos en Italia*, in *RAP*, n.º 142, 1997
- MAGALHÃES, António Malheiro de, *O Regime Jurídico dos Preços Municipais*, Coimbra: Almedina, 2012
- MARQUES, Rui Cunha, e BERG, Sanford, *Revisiting the strenghts and limitations of regulatory contracts in infrastructure industries*, Munich Personal RePEc Archive, 2010, disponível online em: <http://mpra.ub.uni-muenchen.de/32890/>.
- MARQUES, Rui Cunha, *A regulação dos Serviços de Abastecimento de Água e de Saneamento de Águas Residuais: uma Perspectiva Internacional*, Lisboa: Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos: Centro de Sistemas Urbanos e Regionais, 2011

- MARTELO, Bruno, *Descalça vai para a Fonte: a ERSAR no Caminho da Autonomia Local*, in *Cedipre Online*, n.º 23, 2014 disponível online em: [http://www.fd.uc.pt/cedipre/publicacoes/online/public\\_23.pdf](http://www.fd.uc.pt/cedipre/publicacoes/online/public_23.pdf).
- MARTINS, António, *Sobre o Equilíbrio Financeiro das Concessões e a Taxa Interna de Rendibilidade (TIR) Acionista: uma Perspetiva Económica*, in *RCP*, n.º 5, 2011
- MARTINS, Joaquim Poças, *Management of Change in Water Companies: In Search of Sustainability and Excellence*, IWA Publishing, 2014
- MARTINS, Maria Rita Vieira, *Regulação Económica no Sector das Águas: Promoção da Concorrência e Sustentabilidade Tarifária*, Tese de Doutoramento em Economia, 2007
- MEDEIROS, Rui, *A Contratação Pública nos Setores com Regime Especial – Água, Energia, Transportes e Telecomunicações*, in *La Contratación Pública en el Horizonte de la Integración Europea: V Congreso Luso-Hispano de Profesores de Derecho Administrativo*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2004
- MEDEIROS, Rui, *Raízes e contexto da distinção binária entre sistemas multimunicipais e sistemas municipais no setor da água e perspectivas de futuro*, in *Direito da Água*, Série Cursos Técnicos, n.º 3, ERSAR, 2013
- MÉNARD, Claude, *From technical integrity to institutional coherence: regulatory challenges in the water setor*, in *Regulation, Deregulation, Reregulation: Institucional Perspectives*, Edward Elgar, 2009
- MESQUITA, Amélia, *Relação das Entidades Gestoras com os Utilizadores dos Serviços de Águas e Resíduos*, Lisboa: ERSAR, 2012
- MIRANDA, Jorge, *As Associações Públicas no Direito Português*, Lisboa: Cognition, 1985
- MIRANDA, Jorge, e MEDEIROS, Rui, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007
- MONCADA, Luís Cabral de, *Manual Elementar de Direito Público da Economia e da Regulação: uma Perspetiva Luso-Brasileira*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012
- MOREIRA, Vital, *A Auto-Regulação Profissional*, Coimbra: Almedina, 1997
- MOREIRA, Vital, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra: Coimbra Editora, 1997
- MOREIRA, Vital, “*Serviços de Interesse Económico Geral*” e Mercado, in *A Mão Visível – Mercado e Regulação* (Maria Manuel Leitão Marques/Vital Moreira), Almedina, Coimbra, 2003
- MOREIRA, Vital, *Os Preços dos Bens e Serviços Públicos*, in *A Mão Visível – Mercado e Regulação* (Maria Manuel Leitão Marques/Vital Moreira), Almedina, Coimbra, 2003
- MOREIRA, Vital, *Regulação Económica, Concorrência e Serviços de Interesse Geral*, in *Estudos de Regulação Pública – I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004
- MOREIRA, Vital, e OLIVEIRA, Fernanda Paula, *Concessão de Sistemas Multimunicipais e Municipais de Abastecimento de Água, de Recolha de Efluentes e de Resíduos Sólidos*, in *Estudos de Regulação Pública*, org. de Vital Moreira, Coimbra: Coimbra Editora, 2004
- MOREIRA, Vital, e CANOTILHO, J. J. Gomes, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II, 4ª ed., revista, 2014
- NABAIS, José Casalta, *O Regime das Finanças Locais em Portugal*, Separata do BFD, n.º 80, 2004
- NABAIS, José Casalta, *A Autonomia Financeira das Autarquias Locais*, Coimbra: Almedina, 2007

- NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal*, 6.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2010
- OLIVEIRA, António Cândido de, *Direito das Autarquias Locais*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2013
- OLIVEIRA, Diogo Faria de, *O Futuro dos Serviços Públicos de Água*, in *Direito da Água*, Série Cursos Técnicos, ERSAR, n.º 3, 2013
- OTERO, Paulo, *Legalidade e Administração Pública: o Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Coimbra: Almedina, 2003
- PATO, João, *Políticas Públicas da Água em Portugal: do Paradigma Hidráulico à Modernidade Tardia*, in *Análise Social*, n.º 206, xlviii, 2013
- PEDERSEN, William F., *Contracting with the Regulated for Better Regulations*, *Administrative Law Review*, vol. 53, n.º 4, 2001
- PEREZ, Marcos Augusto, *O Risco no Contrato de Concessão de Serviço Público*, Editora Fórum, 2006
- PINTO, Bilac, *Regulamentação Efectiva dos Serviços de Utilidade Pública*, 2.<sup>a</sup> ed., actualizada por Alexandre Santos de Aragão, Rio de Janeiro: Forense, 2002
- PIRES, João Simão, *O Futuro dos Serviços Públicos de Água: Experiências Internacionais*, in *Direito da Água*, Série Cursos Técnicos, ERSAR, n.º 3, 2013
- PIZZOLATO, Filippo, *Autorità e Consumo: Diritti dei Consumatori e Regolazione del Consumo*, Milano: Giuffrè Editore, 2009
- PORTO, Manuel, *Uma nova Filosofia de Intervenção na Prestação de Serviços Públicos: a Experiência Portuguesa nos Sectores das Energias, Comunicações, Transportes, Abastecimento de Água e Saneamento*, in *RDPR*, n.º 2, 2009
- PROSSER, Tony, *Theorising Utility Regulation*, in *The Modern Law Review Limited*, 1999
- RAIMUNDO, Miguel Assis, *As Empresas Públicas nos Tribunais Administrativos: Contributo para a Delimitação do Âmbito da Jurisdição Administrativa face às Entidades Empresariais Instrumentais da Administração Pública*, Coimbra: Almedina, 2007
- REIS, Alberto dos, *Breve Estudo sobre a Reforma do Processo Civil e Comercial*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1933
- RIBEIRO, Teixeira, *Noção Jurídica de Taxa*, in *RLJ*, n.º 3727, Coimbra, 1985
- RICHER, Laurent, *Service Public et Intérêt Privé*, Archives de Philosophie du Droit, Paris: Editions Sirey-Diffusion Dalloz, Tomo 41, 1997
- ROCHA, Joaquim Freitas da, *Lições de Procedimento e Processo Tributário*, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2009
- ROPPO, Enzo, *O Contrato*, trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Coimbra: Almedina, 1988
- SANTIAGO, Ana, *ERSAR vai apresentar versão melhorada do Regulamento Tarifário da Água*, in *Ambiente Online*, disponível em: <http://www.ambienteonline.pt/canal/detalhe/ersar-vai-apresentar-a-consulta-publica-versao-melhorada-do-regulamento-tarifario-da-agua-exclusivo>.
- SAVAS, Emanuel, *Privatization and Public-Private Partnerships*, New York: Seven Bridges Press, 2000
- SELZNICK, Philip, *Focusing Organisational Research on Regulation*, in *Regulatory policy and the social sciences*, Berkeley: University of California Press, 1985

- SEIDENFELD, Mark, *An Apology for Administrative Law in the Contracting State*, *Florida State University Law Review*, vol. 28, 2000
- SILVA, João Nuno Calvão da, *O Estado Regulador, as Autoridades Reguladoras Independentes e os Serviços de Interesse Económico Geral*, in *Temas de Integração*, n.º 20, Coimbra: Almedina, 2005
- SILVA, João Nuno Calvão da, *Mercado e Estado: Serviços de Interesse Económico Geral*, Coimbra: Almedina, 2008
- SILVA, João Nuno Calvão da, *Regulação das Águas e Resíduos em Portugal*, in *BFD*, vol. 85, Coimbra, 2009
- SILVA, Suzana Tavares da, *Direito da Energia*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011
- SOARES, Rogério, *O princípio da legalidade e a Administração Constitutiva*, in *BFD*, 1981
- SOUSA, Jorge Lopes de, *Código de Procedimento e de Processo Tributário, anotado e comentado*, 5ª ed., Áreas Editora, 2007
- SOUSA, Marcelo Rebelo de, *Distribuição pelos municípios da energia elétrica de baixa tensão*, in *CJ*, ano XII/V, 1988
- SPILLER, Pablo T., *An Institutional Theory of Public Contracts: Regulatory Implications*, in *Regulation, Deregulation, Reregulation: Institutional Perspectives*, Edward Elgar, 2009
- STEWART, Richard, *Administrative Law in the Twenty-First Century*, *New York University Law Review*, vol. 78, n.º 2, 2003
- TONOLETTI, Bruno, *Beni Pubblici e Concessioni*, Padova: CEDAM, 2008
- VALDEZ, Oscar Aguilar, *El Acto Administrativo Regulatorio*, in *Acto administrativo y reglamento*, Buenos Aires: Ediciones RAP, 2002
- VASQUES, Sérgio, *As Taxas de Regulação Económica em Portugal*, Coimbra: Almedina, 2008
- VIBERT, Frank, *The Rise of the Unelected: Democracy and the New Separation of Powers*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007
- VIEIRA, Pedro Siza, *Regime das Concessões de Obras Públicas e de Serviço Público*, in *CJA*, n.º 64, 2007
- VISCUSI, Kip, HARRINGTON, Joseph E., e VERNON, John M., *Economics of Regulation and Antitrust*, 4ª ed., Cambridge: MIT Press, 2005
- XAVIER, Alberto, *Manual de Direito Fiscal*, vol. I, Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1985

## Documentos da União Europeia e Relatórios

- COMISSÃO EUROPEIA, Comunicações Interpretativas 2000/C 121/02, 2006/C 179/02 e 2008/C 91/02
- COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em Matéria de Contratos Públicos e Concessões*, COM/2004/0327, 2004
- COMISSÃO EUROPEIA, *Water is for life: How the Water Framework Directive helps safeguard Europe's resources*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010

- COMISSÃO EUROPEIA, *Ato para o Mercado Único – Doze alavancas para estimular o crescimento e reforçar a confiança mútua – Juntos para um novo crescimento*, abril de 2011
- COMISSÃO EUROPEIA, Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão – Resumo da Avaliação de Impacto que acompanha o documento *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à adjudicação de contratos de concessão*, 2011
- ERSAR, *Relação das entidades gestoras com os utilizadores dos serviços de águas e resíduos*, Lisboa: ERSAR, 2012
- ERSAR, RASARP 2012, vol. I, *Caracterização geral do sector*, ERSAR, 2012
- ERSAR, RASARP 2013, vol. II, *Caracterização Económica e Financeira dos Serviços*, ERSAR, 2014
- ERSAR, *Novo Regulamento Tarifário dos Serviços de Gestão de Resíduos Urbanos*, Nota à Imprensa, 7 de março de 2014
- ERSAR, *Série textos sobre regulação*, vol. III, janeiro de 2011
- INSAAR, *Inventário Nacional de Sistemas de Abastecimento de Água e de Águas Residuais*, 2010, disponível online em: <http://insaar.apambiente.pt/bo/contents/resultadosrelatorios/13710420362551.pdf>
- IRAR, *Série textos sobre regulação*, vol. I, coord. de Jaime Melo Baptista e Helena Escudeiro, julho de 2007
- IRAR, *Série textos sobre regulação*, vol. II, coord. de Jaime Melo Baptista e Helena Escudeiro, abril de 2008
- IRAR, *Recomendação IRAR n.º 01/2009*, Formação de tarifários aplicáveis aos utilizadores finais dos serviços públicos de abastecimento de água para consumo humano, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos (“*Recomendação tarifária*”)
- OCDE, *Managing Water for All: an OCDE perspective on pricing and financing*, 2009, disponível em: <http://www.oecd.org/tad/sustainable-agriculture/44476961.pdf>
- ONU, *UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights General Comment*, n.º 15, 2002
- ONU, Resolução A/RES/64/292 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 28 de julho de 2010
- PENSAAR 2020, *Uma estratégia ao serviço da população: serviços de qualidade a um preço sustentável*, vol. I, maio de 2014
- PENSAAR 2020, *Uma estratégia ao serviço da população: serviços de qualidade a um preço sustentável*, vol. II, maio de 2014
- PENSAAR 2020, *Uma estratégia ao serviço da população: serviços de qualidade a um preço sustentável*, vol. III, maio de 2014
- PORTUGAL, *Conferência: regulação económica, concorrência e serviços de interesse geral*, Lisboa, 15 de outubro de 2001: intervenções, Associação Portuguesa do Centro Europeu das Empresas com Participação Pública e/ou de Interesse Económico Geral, 2001
- PORTUGAL, Comentário do Conselho Nacional do Ambiente e do Desenvolvimento Sustentável sobre a Proposta de Lei 125/XII-GOV que “*Aprova os Estatutos da Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos*”
- PORTUGAL, Proposta de Lei n.º 125/XII, Exposição de Motivos da Presidência do Conselho de Ministros

PORTUGAL, Presidência do Conselho de Ministros, *Proposta do XIX Governo Constitucional*, disponível online em: [http://www.portugal.gov.pt/media/130538/programa\\_gc19.pdf](http://www.portugal.gov.pt/media/130538/programa_gc19.pdf)  
 TRIBUNAL DE CONTAS, *Regulação de PPP no Sector das Águas (sistemas em baixa)*, Volume I do Relatório Síntese, Relatório n.º 03/2014 – 2.ª Secção

## Jurisprudência<sup>376</sup>

Acórdão do TJUE *Teleaustria*, de 7 de dezembro de 2000, P. C-324/98  
 Acórdão do TJUE *Bent Moustén Vestergaard*, de 3 de dezembro de 2001, P. C-59/00  
 Acórdão do TC, de 22 de setembro de 1999, P. n.º 61/95  
 Acórdão do STA, de 3 de novembro de 2004, P. n.º 033/04  
 Acórdão do STA, de 27 de fevereiro de 2013, P. n.º 01242/12  
 Acórdão do STA, de 10 de abril de 2013, P. n.º 015/12  
 Acórdão do STA, de 25 de setembro de 2014, P. n.º 0799/14  
 Acórdão do TCAS, de 19 de janeiro de 2012, P. n.º 06933/10  
 Acórdão do STJ, de 14 de maio de 2009, P. n.º 09S0232  
 Acórdão do TRC, de 16 de setembro de 2008, P. n.º 328/07  
 Acórdão do TRG, de 23 de outubro de 2012, P. n.º 103543/08  
 Acórdão do TRG, de 19 de fevereiro de 2013, P. n.º 353418/10  
 Acórdão do TRG, de 23 de abril de 2013, P. 45692/12 P. n.º 353418/10  
 Acórdão do TRG, de 23 de janeiro de 2014, P. n.º 346/13  
 Acórdão do TRP, de 7 de novembro de 2013, P. n.º 2338/12  
 Acórdão do TRP, de 6 de fevereiro de 2014, P. n.º 65542/12  
 Acórdão do TRP, de 29 de maio de 2014, P. n.º 167178/12  
 Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 5 de maio de 2004, P. n.º 0374  
 Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 13 de maio de 2003, P. n.º 011/02  
 Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 8 de julho de 2003, P. n.º 01/03  
 Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 25 de junho de 2013, P. n.º 033/13  
 Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 26 de setembro de 2013, P. n.º 030/13  
 Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 5 de novembro 2013, P. n.º 039/13  
 Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 9 de dezembro de 2013, P. n.º 024/14  
 Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 18 de dezembro de 2013, P. n.º 038/13  
 Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 18 de dezembro de 2013, P. n.º 053/13  
 Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 21 de janeiro de 2014, P. n.º 044/13  
 Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 29 de janeiro de 2014, P. n.º 045/13  
 Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 15 de maio de 2014, P. n.º 031/13  
 Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 19 de junho de 2014, P. n.º 022/14  
 Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 26 de junho de 2014, P. n.º 021/14

<sup>376</sup> Os acórdãos proferidos pelos tribunais nacionais foram consultados em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), excepto os acórdãos do Tribunal Constitucional, que foram consultados em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos>.

Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 30 de outubro de 2014, P. n.º 047/14

Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 13 de novembro de 2014, P. n.º 041/14

Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 13 de novembro de 2014, P. n.º 044/14

Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 13 de novembro de 2014, P. n.º 043/14

Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 25 de novembro de 2014, P. n.º 040/14

Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 29 de janeiro de 2015, P. n.º 026/14

*Tribunal des conflits*, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, disponível online em: <http://www.conseil-etat.fr/fr/presentation-des-grands-arrets/tribunal-des-conflits-22-janvier-1921-.html>